Capitolo Terzo

DOLO E MISURA DEL RISARCIMENTO

Sommario. 1. Il dolo come fattore che può incidere sull'entità del pregiudizio. Il danno come limite estremo al risarcimento. - 2. Gli artt. 1227, 1° comma e 2055 cod. civ. - 3. Limitazioni della responsabilità, comportamento doloso e ripristino del risarcimento integrale. - 4. Le conseguenze mediate e indirette. - 5. Il lucro cessante e il danno emergente incerto. - 6. La reintegrazione in forma specifica.

1. S'è già detto come anche sul secondo fronte della responsabilità — dove pure è correntemente sostenuto in termini di assolutezza — e cioè anche per quanto riguarda l'ammontare di ciò che dev'esser risarcito alla vittima del danno, il principio dell'equivalenza non manchi in realtà di andare incontro a una serie di smentite: nel senso di un maggior carico riparatorio da cui può trovarsi gravato colui che ha arrecato la lesione intenzionalmente, rispetto a chi abbia agito per mera imprudenza o negligenza.

E ciò, diversamente dal primo caso, a prescindere ormai dal titolo in base al quale si determini la responsabilità per il danno che viene in considerazione: ossia per ogni danno che ricada comunque nell'ambito di una delle norme regolanti i fatti illeciti (e che, nella specie, sia stato cagionato di proposito dall'agente)[1].

Iniziando a dar conto di queste smentite, sembra però necessario introdurre immediatamente una distinzione: giacché il mecca-

[1] Certo, per gli illeciti repressi esclusivamente a titolo di dolo, non può darsi un confronto tra ammontare del risarcimento dovuto in caso di colpa e in caso di dolo: ma se è vero, come noi riteniamo, che in funzione dell'intensità del dolo, o talvolta a seconda del numero di eventi previsti e voluti a colui che ha agito, possa variare il contenuto dell'obbligo risarcitorio, neppur essi meritano di essere esclusi dal discorso. Inutile poi precisare come l'influenza del dolo sul *quantum,* quali che siano le ragioni che la giustificano, non potrebbe negarsi nei casi in cui operi già un criterio oggettivo d'imputazione del danno, sicché neanche queste ipotesi rimangono al di fuori della trattazione.

nismo attraverso cui si giustifica la loro origine e presenza, non appare lo stesso in tutti quanti i casi [2].

---

[2] Ed è la mancanza di ogni distinzione, ossia la riconduzione ad una generica funzione punitiva della responsabilità, che giustifica indubbiamente lo scarso seguito in dottrina — per tutti SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung*, in *Jhering's Jahrbücher*, 1896, p. 343 ss., 411-412; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, II, 1, cit., p. 79, sulla scia di un passo famoso di Cohnfeld (« Ist um deswillen kein Unterschied zwischen dolosen und nicht dolosen Schadenszufügungen zu machen?... Auf ethische Gesichtspunkte komme es bei der Bemessung des Schadens nicht an; ein Gebot der Gerechtigkeit sei, dass dem Beschädigten ohne solche Unterscheidung das Seine vollständig werde! Doch nicht ohne Grund hat man dies eine einäugige Gerechtigkeit genannt, sie habe nur für den Verletzten ein Auge, nicht für den Schädigenden »); CROME, *Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen*, in *Jhering's Jahrbücher*, 1896, p. 100 ss., 105; ID., *System*, I, cit., p. 488, nota 31; COPPA ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., pp. 180-181; recentemente, NIEDERLÄNDER, *Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen*, in *Arch. civ. Praxis*, 1954, p. 41 ss., 80; SEYDEL, *Zwischenbilan der Schmerzensgelddebatte*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1954, p. 1017; KNÖPFEL, *Billigkeit und Schmerzensgeld*, in *Arch. civ. Praxis*, 1956, p. 135 ss., 157 (« Ferner hat der Alles-oder-Nichts-Standpunkt bei Schadensersatzansprüchen eine gewisse Berechtigung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Bei allgemeinen Berücksichtigung des Verschuldensgrades würde nämlich in einer untragbar hohen Anzahl von Fällen die Höhe des zu leistenden Ersatzes unbestimmt werden »); ELDBACHER, *Wandel und Krise des Haftungsgrundes des Verschuldens*, cit., pp. 94-95; LARENZ, *Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1959, p. 865; SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., pp. 304, 308, 332; ID., *Risarcimento del danno*, cit., p. 20; ID., *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 55 ss., 58; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 638; ISON, *The forensic lottery*, London, 1967, p. 82; DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 69 ss., 100; DEUTSCH, *Privilegierte Haftung und Schadensfolge*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1966, p. 705; ID., *Die Zwecke des Haftungsrechts*, in *Juristen Zeitung*, 1971, p. 244 ss., 245; MERTENS-REEB, *Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen*, in *Juristische Schulung*, 1971, p. 36 testo e nota 14, p. 39 — delle affermazioni secondo cui il grado di colpa dell'autore del danno influirebbe, o dovrebbe influire, sull'ammontare del risarcimento dovuto alla vittima.

Sono note le prese di posizione di IHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, cit., p. 54 (secondo cui la colpa, non il danno, era alla base dell'obbligo risarcitorio: v. anche, di Jhering, il sesto capitolo della *Lotta per il diritto*. trad. it. di Mariano, 3ª ed. a cura di Piovani, Bari, 1960, p. 129 ss.); di SOURDAT, *Traité général de la responsabilité* — citiamo qui dalla sesta ediz., Paris, 1911, p. 528 — ove la tesi veniva difesa nel nome dell'inseparabilità fra morale e diritto; di THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. di Levi, Padova, 1939, p. 62; di LAURENT, *Principes de droit civil français*, 2ª ed., XX, cit., n. 530 (« La réparation est une peine... or, toute peine doit être proportionnée à la gravité de la faute »); di SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, p. 86 (in relazione all'incidenza del dolo sull'entità dell'indennità dovuta al prestatore in caso di infortunio, e poi in termini generali, sino alla conclusione: « L'adaptation de la réparation au dommage se mesure à l'adaptation de la volonté elle-même au dommage qui a été realisé »).

Nel quadro della pena privata si muovono ancora le proposte di R. DE LA GRASSERIE, *De la participation de la partie lesée à l'action publique*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1897, p. 36 ss.; HINDENBURGH, *La théorie des dommages interêts, ivi*, 1901, p. 26; L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée*, cit., p. 251 ss., e pp. 319-323; JACOMET, *Essai sur les sanctions civiles de caractère penal en droit français*, Paris, 1905, *passim* (ove ampi richiami comparatistici). Per una critica DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*, Paris, 1898, p. 162 ss.; ID., *Traité des obligations*, 1, IV, cit., p. 188 (il quale non nega che « on peut, si on le veut, tenir compte du dol et le punir d'un supplément d'indemnité », ma afferma che « ce qu'il faut éviter c'est sous prétexte de faute legère de l'auteur, d'augmenter la part de dommage que supportera la victime »), e con lui la quasi totalità della dottrina d'oltr'Alpe. Per una replica, STARCK, *Essai d'une théorie générale*, cit., in tutta la seconda parte dell'opera, dove peraltro non convince il tentativo di sciogliere la pena privata nella responsabilità civile (cfr. Hans STOLL, *Schadensersatz und Strafe*, in *Festschrift für M. Rheinstein*, Tübingen, 1969, p. 569 ss., 571).

In Francia e in Belgio, ogni scrittore ammette comunque che la giurisprudenza è più indulgente con la *faute quasi-délictuelle*, e più severa con la *faute intentionnelle*: e la tendenza è talvolta criticata (ad esempio RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Bruxelles-Paris, 1930, p. 92; MUTEAU, *De la responsabilité civile*, Paris, 1898, p. 372; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, II, cit., p. 299; III, 1960, p. 499 ss.; NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Contribution*, cit., p. 498), talvolta accolta con riserve (RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 342; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, estratto dal t. IX bis del *Cours de droit civil français* di Beudant, 2ª ed., Paris, 1952, p. 23; MARTY RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1, Paris, 1961, p. 402), più spesso approvata e sostenuta (TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale*, cit., p. 178 ss.; HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 119; P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Paris, 1910, p. 233; GORPHE, *Le principe*, cit., p. 68 e p. 112; BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, Lille 1921, n. 61 ss.; JOSSERAND, *Cours*, II, cit., p. 211 e p. 222; VOISENET, *La faute lourde en droit privé français*, Paris, 1934, pp. 295-296; JOATTON, *Essai critique d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Lyon, 1933, p. 104 ss.; VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965, p. 309 ss.). Cfr. ancora, per l'illustrazione dell'orientamento, e con accenti quasi sempre consenzienti, MARTEAU, *De la notion de la causalité*, cit., p. 230; SAVATIER, *Traité*, cit., p. 27; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité*, II, cit., p. 333 e p. 439;

Può darsi, infatti, che sia il danno stesso a risultare quantitati-

vamente più esteso, per il fatto di essere stato prodotto con dolo

---

STARCK, *Essai*, cit., 414; P. ESMEN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 432; ID., *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1949, p. 484; ID., in PLANIOL-RIPERT, *Obligations*, 1, cit., p. 695 e p. 970; LEGAL, *De la négligence*, cit., p. 215; lo stesso G. RIPERT, *De l'exercice du droit de proprieté dans ses rapports avec les proprietés voisines*, Aix, 1902, pp. 458-459; ID., *Préface* a Savatier, Traité, p. VIII; SALEILLES, *La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1911, p. 23 ss., specialmente p. 53 e p. 58; BARBIER, *Influence des circostances atténuant la gravité de la faute sur l'étendue du droit à réparation*, in *J. C. P.*, 1947, p. 585; KAYSER, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1953, p. 244; PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, 1973, p. 205; TUNC, *Les problèmes contemporains de la responsabilité civile delictuelle*, in *Rev. int. droit comp.*, 1967, p. 757 ss., 776. Tra gli scrittori del secolo scorso, PROUDHON, *Trattato dei diritti d'usufrutto, d'uso personale e di abitazione*, trad. it. di Cioffi, Napoli, II, 1854, p. 12 e p. 16; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXXI, cit., § 462, p. 497; DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, XXXIX, 1858, p. 339, nota 237; WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile*, Paris-Louvain, 1896, p. 72.

Per quanto concerne l'Italia, si vedano gli autori citati *retro*, cap. I, note 4 e 9, ai quali possiamo aggiungere VIGNALI, *Commentario del codice civile italiano*, Napoli, IV, 1882, p. 633; ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, Torino, 1901, p. 43; VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 303 ss.; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., p. 236; TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 176; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 153; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 160. Nella letteratura più antica, FIGHERA, *Institutiones iuris Regni napoletani*, Napoli, 1802, § 220; ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, 7ª ed., Parma, I, 1840, p. 180; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, 3ª ed., Lucca, I, 1872, p. 73. Qualche spunto anche in CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 189 (limitatamente però al caso di immissioni); F. LEONE, *Nesso causale*, cit., p. 578; SCADUTO RUBINO, voce « *Illecito* (*Atto*) », in *Nuovo dig. it.*, Torino, VI, 1938, p. 702 ss., 707; GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, cit., p. 86, nota 16. Da ultimi DE CUPIS, *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, nota a Trib. Padova, 22 marzo 1973 (ord.), in *Giur. di merito*, 1974, I, p. 347 ss., 349; ZICCARDI, *L'induzione*, cit., p. 208.

Sui §§ 1324, 1331 e 1332 dell'ABGB austriaco, v., *infra* cap. VIII, note 17, 18 e 19; sugli artt. 43, 44 e 49 del CO svizzero, *infra*, cap. VIII, note 5, 6 e 7.

Nella letteratura di lingua tedesca — e ricordando cioè anche qualche autore svizzero ed austriaco, che ha affrontato il tema in generale — KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Altona, I, 1839, pp. 229-232; MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interesse*, cit., p. 255; A. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, I, *Von den Rechtsfolgen des Unrechts insbesondere*, Leipzig, 1867, p. 57 ss.; KUHLENBECK, *Von den Pandetken zum bürgerlichen Gesetzbuch*,

Berlin, II, 1899, § 15; Otto v. GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, p. 198 e p. 266 ss.; HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, Berlin, I, 1910, p. 100; HORTEN, *Schadenersatz und Strafe*, Wien, 1905, p. 17 ss.; HUGUENIN, *Von den zivilrechtlichen Haftung aus der Verletzung immaterieller Rechtsgüter bei Tötungen und Körperverletzungen nach schweizerischem Recht*, Bern, 1909, p. 37; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 240; Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 205; HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, cit., p. 55; M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden*, Tübingen, 1910, p. 20; MÖLLER, *Summen- und Einzelschaden*, Hamburg, 1937, p. 136 ss.; REINHARDT, *Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadensersatzrecht*, in *Arbeitsbericht der Akademie für deutsches Recht*, n. 14, München u. Berlin, 1940, p. 64 ss., specialmente p. 70 ss.; ID., *Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts*, in *Arch. civ. Praxis*, 1943, p. 147 ss. (al quale si rinvia anche per notizie sul progetto di riforma presentato nel 1940 dalla Commissione di cui era presidente Nipperdey e membro lo stesso Reinhardt); BAUR, *Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts*, Berlin, 1935, p. 43 ss.; WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg a. d. Lahn, 1941, p. 57 e p. 245; ESSER, *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts*, in *Arch. civ. Praxis*, 1943, p. 121 ss.; MICHAELIS, *Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts*, Leipzig, 1943, pp. 47 ss., 119, 126 ss.; Heinrich LANGE, *Vom alten zum neuen Schuldrecht*, nel volume *Der deutsche Staat der Gegenwart*, Hamburg, 1934, p. 32; ID., *Herrschaft und Verfall*, cit., p. 133; MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung*, in *Arch. civ. Praxis*, 1963, p. 1 ss., p. 60 e p. 73; ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 288. Di recente il c. d. *Alles oder Nichts-Prinzip*, di cui al § 249 BGB, è stato fatto oggetto di proposte di modifiche da parte dei giuristi tedeschi — v. le relazioni di Hermann Lange, Wilburg e Hauss in *Verhandlungen des 43. deutschen Juristentages*, Tübingen, 1960, I, p. 5 e p. 59, II, sub lett. c, pp. 18, 39, 44 — ma più nella direzione dell'art. 43 del C. O. svizzero, che non in quella del § 1331 dell'ABGB austriaco; per un giudizio sui risultati dei lavori, ad ogni modo, DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., p. 387 ss. (le cui conclusioni — p. 393 — appaiono peraltro un po' generiche); ID., *Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft*, in *Jurist. Schulung*, 1967, p. 152 ss., 156; WEITNAUER, *Gedanken zu Stand und Reform des Schadenersatzes*, in *VersR*, 1963, p. 101 ss., 108; ESSER, *Wandlungen von Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht*, nel vol. collett. *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, 1963, p. 22 ss., 27; NEUMANN-DUESBERG, *Das Haftungsbeschränkungsprinzip bei schadensgeneigter Tätigkeit ausserhalb des Arbeitsverhältnisses*, in *Juristen Zeitung*, 1964, p. 433 ss., 440-441. Sul successivo progetto del 1967, v. *infra*, in questo capitolo, nota 19; e comunque ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., pp. 268-269; BYDLINSKI, *Zur « Reduktionsklausel » des deutschen Referentenentwurfes für eine Novellierung des Schadenersatzrechts*, in *Jur. Bl.*, 1968, p. 330 ss.; Hans STOLL, *Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, in *RabelsZ.*, 1970, p. 481 ss. Tra le ultime voci favorevoli ad una rilevanza del grado di colpa sul risarcimento, Eike v. HIPPEL, *Haftung für Schockschäden Dritter*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1965, p. 1890 ss., 1892, testo e nota 18;

dall'agente [3]: e il diverso ammontare della riparazione, ancor prima che in un'istanza punitiva, trova allora ragione nella stessa maggior entità del dato iniziale di riferimento [4].

KOZIOL, *Die Schadensminderungspflicht*, in *Juristische Blätter*, 1972, p. 225 ss., 232. V. anche, in relazione al recente progetto di legge nella responsabilità dello Stato (EStHG), BENDER, *Zu den Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung nach dem Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes*, in *VersR.*, 1975, p. 582 ss., 593 ss.

Quanto all'ambiente di *common law* — e con riferimento proprio ai *compensatory damages* — v. soprattutto POLLOCK, *The law of torts*, cit., pp. 190-191; GREEN, *Rationale of proximate cause*, Kansas city, 1927, p. 170 ss.; BAUER, *The degree of defendant's fault as affecting the administration on the law of excessive compensatory damages*, in *Univ. of Pennsylvania law rev.*, 1934, p. 583; Carter in *Fuentes* v. *Tucker*, (1947), in GREGORY e KALVEN, *Cases and materials on torts*, cit., p. 411 (« It cannot be denied that either a jury or a trial judge is more disposed to award a substantial amount of damages in a case where the defendant is shown to have been guilty of gross negligence and his conduct was such as to indicate a reckless disregard for the safety of others... This does not mean that a person injured as the result of the negligence of another should receive more damages because his tortfeasor was grossly and wantonly negligent than another with like injuries whose tortfeasor was only slightly negligent. But it simply recognizes the human tendency to weigh liability against culpability. Since the law must be administered by human beings, the effect of this tendency must be considered as incidental to its administration. To argue to the contrary requires a denial of the obvious »); *Restatement of torts*, I, cit., p. 27 e IV, cit., § 916; Mc CORMICK, *Handbook of the law of damages*, St. Paul Minn., 1935, p. 227 testo e nota 94; Clarence MORRIS, *The relation of criminal statutes to tort liability*, in *Harv. law rev.*, 1932-33, p. 453 ss., 471; PROSSER, *Handbook*, cit., p. 61; STAUDINGER (-WERNER), *Kommentar*, cit., p. 56; MILLNER, *Negligence in modern law*, cit., p. 70. Una ricca casistica in tema di *false imprisonment* è offerta in *A. L. R.*, 2d, 1956, p. 1480; e si confrontino *Note*, in *Un. Cin. law rev.*, 1927, p. 364; Fleming JAMES, *Damages in accident cases*, in *Cornell law quart.*, 1955-56, p. 582 ss., 583.

[3] FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 803; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., p. 235; KNÖPPEL, *Billigkeit und Schmerzensgeld*, cit., p. 155; SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., p. 332; RÖTELMANN, *Schmerzensgeld*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1964, p. 1458 ss., 1459; MUNKMAN, *Damages for personal injuries*, cit., p. 41; ROBB e BROOKES, *An outline*, cit., p. 244; D. A. KEMP e M. S. KEMP con HAVERY, *The quantum of damages*, 1, *Personal injury claims*, 3ª ed., a cura di Turiff, London, 1967, p. 13; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 316; ATIYAH, *Vicarious liability*, cit., p. 433; JOLOWICZ, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., pp. 249-250.

[4] Ma non è a questa situazione che sembrano riferirsi coloro i quali — per difendere la tesi della necessaria incidenza del grado di colpa sull'ammon-

Volendo cercare qualche esempio, si può pensare a talune ipotesi di diffamazione o di calunnia [5]; oppure al danno non patrimoniale, sulla cui profondità sarà di rado indifferente l'intensità del dolo di chi l'ha cagionato [6].

---

tare del risarcimento — affermano genericamente che il legislatore sarebbe arbitro di « attribuire rilevanza alla colpa nei riguardi della determinazione del contenuto del danno » (DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 438; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 246 ss.); ancora più vaghe, d'altra parte, le considerazioni con cui i primi commentatori dell'ABGB giustificavano le soluzioni ispirate alla distinzione fra colpa e dolo che erano state accolte in quel codice (così, ad esempio, a rileggere v. ZEILLER, *Commentario*, III, 2, cit., p. 253).

[5] Dove assumeranno tendenzialmente risalto, per quanto concerne la figura della vittima, « the natural injury to his feelings, the natural grief and distress which he may felt at having been spoken to in defamatory terms, and if there has been any kind of high-handed, oppressive, insulting or contumelious behaviour by the defendant »: così ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 1823, rifacendosi a Pearson Y. J. in *Mc Carey* v. *Associated Newspapers Ltd.*, (1965), 2 Q.B. 86, 105; analogamente *Restatement of torts*, IV, cit., § 944, comment *b*; MAASDORP, *Delicts*, cit., p. 16; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 206. Non tanto diverso anche l'ordine di idee di SENG, *Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten*, in *Arch. für Bürgerl. Recht*, 1891, p. 336 ss., 362. Da ultimi, DWORKIN, nel volume collettaneo *Die Haftung der Massenmedien, insbesondere der Presse, bei Eingriffen in persönliche oder gewerbliche Rechtspositionen*, Frankfurt am Main, 1972, p. 9 ss., 17; Hans STOLL, *Penal purposes in the law of torts*, in *Am. Journ. comp. law*, 1970, p. 3 ss., 4.

Altre ipotesi in cui questi *aggravated damages* — ammissibili, poiché *compensatory*, senza restrizioni di sorta, a differenza dei *punitive damages* — mostrano di assumere rilevanza e di essere concessi molto spesso, sono quelle dei tort di *conspiracy*, di *assault*, i casi di adulterio e di *injurious falsehood* (richiami giurisprudenziali in JOLOWICZ, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., pp. 389-390, note 44-47; oppure ATIYAH, *Vicarious liability*, cit., p. 432; e per un chiarimento sulle figure menzionate, *infra*, cap. VIII, nota 23); v. d'altro canto Mc CORMICK, *Law of damages*, cit., p. 279, il quale sottolinea che « New Hampshire and Michigan approximate the English view, and allow ' exemplary damages ', but regard them, not as punishment, but as extra compensation for injured feelings or sense of outrage » (e ciò si ripete, prosegue l'autore in generale, *ivi*, p. 637 ss., per l'ipotesi di licenziamento illegittimo; su quest'ultimo punto, tornando in Inghilterra, cfr. anche Mc GREGOR, *On damages*, cit., p. 220, testo e nota 13; e, sin d'ora, Lord Devlin in *Rookes* v. *Barnard*, 1964, A. C. 1129, 1130).

[6] Vedi infatti Cass. 24 luglio 1969, n. 2810, in *Giur. it.*, *Rep.* voce « *Responsabilità civile* », n. 415; e in termini ancor più espliciti, Trib. Genova 29 aprile 1966, *ivi*, 1966, voce cit., n. 300; Cass. 13 luglio 1964, n. 2820, in *Foro it.*, *Rep.*, 1964, voce « *Responsabilità civile* », n. 143; Cass. 15 ottobre 1963, n. 2760, *ivi*, 1964, voce cit., n. 150; Trib. Milano 4 aprile 1955, in

Può darsi, invece, che alla base di quell'effetto vi sia soltanto — o meglio, soprattutto — un'esigenza sanzionatoria: l'opportunità, cioè, di trattare più severamente, con l'aggravio di un maggior

---

Foro it., 1955, I, c. 905; Trib. Genova 30 novembre 1960, in *Foro it., Rep.*, 1961, voce cit., n. 84. Tra le ultime pronunce in cui è stato ribadito che il criterio di misura per la riparazione del danno morale, accanto al riferimento all'« entità del patema d'animo », dev'essere costituito dalla « gravità del reato », Cass. 18 luglio 1972, n. 2473, in *Giur. it., Rep.*, 1972, voce cit., n. 265; Cass. 23 maggio 1972, n. 1603, *ivi*, 1972, voce cit., n. 274; Cass. 7 agosto 1973, n. 2262, in *Arch. resp. civ.*, 1974, p. 190.

Analogo l'orientamento della giurisprudenza francese, dove attraverso il danno morale si rimedia all'impossibilità di colpire abbastanza severamente l'agente in dolo per quanto concerne il danno patrimoniale (così Savatier, *Traité*, II, cit., p. 94, nota 2, al quale rimandiamo per richiami).

Sul carattere di pena privata della riparazione del danno non patrimoniale, v. ad esempio Dernburg, *Das bürgerliche Recht*, cit., II, 2, *Einzelne Obligationen*, p. 775; Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Berlin I, 1885, p. 538; Krainz, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 3ª ed. a cura di Armin Ehrenzweig, II, Wien, 1900, p. 312; Fadda e Bensa, *Note* a Windscheid, Pandette, cit., IV, p. 214; v. Schwerin, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, Berlin u. Leipzig, 1919, p. 219; Morange, *Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs*, in *Dalloz*, 1948, *Chron.*, p. 105; Barassi, *Teoria generale*, II, cit., p. 527; P. Esmein, *La commercialisation du dommage moral*, in *Dalloz*, 1954, *Chron.*, p. 113 ss.; solo parzialmente Esser, *Schuldrecht*, I, cit., p. 267 (v. infatti *ivi*, p. 290); Ripert, *La règle morale*, cit., p. 348.

In senso contrario e persuasivamente, ossia mettendo quanto meno in primo piano gli aspetti della compensazione o della *Genugtuung*, cfr. per tutti Pfaff, *Zur Lehre von Schadenersatz*, cit., p. 16; Ganot, *La réparation du préjudice morale*, Paris, 1924, p. 64; L. Ripert, *La réparation du préjudice*, cit., p. 81; Givord, *La réparation du préjudice moral*, Paris, 1938, p. 124 ss.; Mallon, *L'interêt moral dans les obligations légales*, Caen, 1922, p. 372 ss.; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 130 e II, *Besonderer Teil*, 1956, p. 371; Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., p. 301; Guhl, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 5ª ed., Zürich, 1956, p. 69; De Juglart, *Cours de droit civil*, II, cit., p. 193; Gschnitzer, *Schuldrecht - Besonderer Teil und Schadenersatz*, Wien, 1963, p. 162.

Favorevoli ad un'influenza del grado di colpa sull'ammontare della riparazione del danno morale, in termini espliciti, Krasnopolski, *Österreichisches Obligationenrecht*, Lepizig-Wien, 1910, p. 220; Vignali, *Commentario*, IV, cit., p. 633; Hasenöhrl, *Österreichisches Obligationenrecht*, Wien, II, 1890, p. 162 (almeno nelle conclusioni, ma proprio con riferimento al dolo); Seng, *Zur Frage der Vergütung*, cit., p. 375; Cesareo Consolo, *Risarcimento del danno*, cit., p. 215; Armin Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, 1, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Wien, 1920, p. 575; Mayr, *Lehrbuch*, cit., II, 1923, p. 310; Heck, *Grundriss*, cit., p. 55; Minozzi, *Studio*

peso riparatorio, il comportamento malizioso dell'agente; anche se, a ben vedere, il pregiudizio lamentato non è affatto maggiore di quello che si sarebbe avuto nel caso fosse stata una colpa a provocarlo (ed è anzi questa, stando alla realtà dei fatti, l'ipotesi con cui bisogna fare i conti normalmente, poiché è ben raro che la consistenza del

---

sul danno non patrimoniale, cit., p. 236; Crick, *L'élément « degré de la faute » doit-il être pris en considération pour l'évaluation des dommages-interêts, spécialement en matière de préjudice moral?*, Bruxelles, 1939, p. 25; Stoll-Felgentraeger, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 233; Lieberwirth, *Das Schmerzensgeld*, 2ª ed., Heidelberg, 1961, p. 39 ss.; Bührke, *Verschuldensgrad und Ersatzumfang*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1955, p. 1858; Knöpfel, *Billigkeit und Schmerzensgeld*, cit., p. 152; P. Esmein, in Planiol Ripert, *Traité pratique*, VI, *Obligations*, 1, cit., p. 970; K. Wolff, in Klang *Kommentar*, cit., VI, p. 138; Esser, *Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites*, in *Rev. int. droit. comp.*, 1961, p. 481 ss., 487; Larenz, *Lehrbuch*, II, cit., p. 371; Id., *Die Prinzipien der Schadenszurechnung*, in *Jurist. Schulung*, 1965, p. 373 ss., 379; v. Caemmerer, *Wandlungen des Deliktsrechts*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtslebens. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, p. 49 ss., ed ora in *Gesammelte Schriften*, I, cit., p. 452 ss., 521; Soergel (-Lindenmaier), *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., II, pp. 827-828; W. Wussow, *Systematik des Haftpflichtrechts*, Frankfurt a. Main, 1958, p. 52; Molitor, *Besonderes Schuldrecht*, cit., p. 210; Bley, *Schadenersatz im Zivilrecht*, Berlin, 1963, pp. 147-148; Remé, *Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz*, Berlin, 1962, pp. 48-49; Hermann Lange, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 31; Nörr, *Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht*, in *Arch. civ. Praxis*, 1959-60, p. 1 ss., 15; Blomeyer, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 188; v. Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil*, Zürich, 1964, p. 85, nota 155; Fikentscher, *Schuldrecht*, cit., p. 610; Bötticher, *Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm*, in *Arch. civ. Praxis*, 1959-60, p. 385 ss., 396; G. Guarneri, voce « *Restituzione e risarcimento del danno da reato* », in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, p. 746; Hans Stoll, *Schadensersatz und Strafe*, cit., p. 571; Luther, *Einführung in das italienische Recht*, Darmstadt, 1968, p. 66; Soergel (-Zeuner), *Kommentar*, cit., § 847, Bem. 21; Buchner, *Die Beurteilung des Verschuldens im Bürgerlichen Recht*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1967, p. 2381 ss., 2382-83; Röhl, *Zur Abgrenzung der grossen von der einfachen Fahrlässigkeit*, in *Juristen Zeitung*, 1974, p. 521 ss., 523; Wussow, *Ersatzansprüche bei Personenschaden*, München, 1973, p. 54; F. Kübler, *Generalreferat* nel vol. *Die Haftung der Massenmedien*, cit., p. 123 ss., 126 nota 22 e 145.

Diversamente gli autori citati *retro*, cap. I, nota 9, cui *adde* Visintini, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, cit., p. 690; incerto Trimarchi, *Illecito*, cit., p. 109, nota 63; dubbiosi anche Stubenrauch, *Commentar*, II, cit., p. 693; Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., p. 390; Staudinger (-Werner), *Kommentar*, cit., pp. 120-121; Donaldson, *Bemessung*

danno non dipenda esclusivamente da fattori obiettivi [7]: a tutti è noto come una leggerezza insignificante possa essere all'origine di un enorme disastro [8], e come il dolo più raffinato possa invece dar luogo a inconvenienti pressoché trascurabili [9]).

Si tratta perciò di vedere in qual misura il profilo afflittivo che s'è detto abbia spazio e risalto nel nostro ordinamento.

Anche qui, tuttavia, appare necessaria una distinzione tra due possibili situazioni-tipo. Quella cioè in cui già in presenza della colpa il danno venga ad essere riparato nella sua interezza: e dove, per esprimere una propria rilevanza, il dolo dovrebbe elevare il risarcimento ad un limite superiore a quello stesso del danno. E quella

---

des Schmerzensgeldes, in *Arch. civ. Praxis,* 1966, p. 462 ss., 467.

V. anche STARCK, *Essai,* cit., p. 403 che mostra di rendersi conto della differenza tra le due eventualità: a) maggior risarcimento del danno non patrimoniale in caso di dolo dell'agente, a causa del maggior danno eventualmente risentito in tal caso dalla vittima, e cioè sulla base della funzione reintegratoria della responsabilità; b) stessa soluzione nell'ipotesi in cui, data l'imprecisabilità dell'entità matematica del danno non patrimoniale, il giudice ritenga di dover colpire più severamente l'autore malizioso, appellandosi alla funzione preventiva e sanzionatoria della responsabilità. In questo senso, apparentemente, anche RAVAZZONI, *La riparazione,* cit., p. 177 ss.

[7] VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 305; UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 5ª ed., Leipzig, I, 1892, p. 377, nota 20; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 741; WILLIS, *Measure of damage when property is wrongfully taken by a private individual,* in *Harv. law rev.,* 1908-09, p. 419 ss., 423; MARTEAU, *De la notion,* cit., p. 151 e p. 211; EDGERTON, *Negligence, inadvertence and indifference: the relation of mental states to negligence,* in *Harv. law rev.,* 1926, p. 849 ss., 865 (« It's conduct, not a state of mind. that causes harm... »); RODIÈRE, *La responsabilité civile,* cit., p. 316; SEYDEL. *Zwischenbilan,* cit., p. 1018; Mc GREGOR, *Compensation versus punishment in damages award,* in *Mod. law rev.,* 1965, p. 629 ss., 641; ISON, *The forensic lottery,* cit., p. 14; CHABAS, *Note* a Ch. civ., 15 novembre 1972, in *Dalloz,* 1973, *Chron.,* p. 535.

[8] CANDICE, *La compensazione delle colpe,* cit., p. 98; BLEY, *Schadenersatz im Zivilrecht,* cit., p. 146; HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts,* cit., p. 26; ROTHER. *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 288; ATIYAH, *Vicarious liability,* cit., p. 14; TUNC, *Pour une loi de sécurité routière,* in *Rev. droit cont.,* 1966, p. 63 ss., 65; GRAY, *Liability for highway accidents,* in *Curr. leg. probl.,* 1964, p. 127 ss., 136.

[9] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung,* 2ª ed., Leipzig, I, 1890, p. 212; SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 613; COGLIOLO, *Scritti vari,* cit., p. 196; F. LEONE, *Nesso causale,* cit., p. 578; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno,* cit., pp. 160-161; L. COVIELLO jr., *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno,* cit., p. 111; SAVATIER, *Du droit civil au droit public,* cit., p. 105; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 222 e p. 246; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 108.

invece nella quale, di fronte alla colpa, la riparazione rimanga al di sotto del *quantum* effettivo del danno: e in cui il compito del dolo sarebbe solo quello di ristabilire l'eguaglianza tra i due termini, o di diminuire comunque la distanza che li separa.

Orbene, le *chances* del nostro criterio mostrano di essere notevolmente diverse in ciascuno dei due casi.

Nel primo di essi, infatti, esse possono considerarsi senz'altro inesistenti [10]; non era così nei sistemi più antichi, e in particolare nel diritto romano classico, dato il carattere della *lex Aquilia* e delle altre azioni restitutorie, e neppure in quello giustinianeo [11]; ma è certamente così nella maggioranza dei codici moderni, e anche nel nostro attuale ordinamento [12]. Questo, non perché sia normale che il

---

[10] FUNK, *Handkommentar des Obligationenrechts,* Aarau, s. d., p. 42; Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 33; LIEBERWIRTH, *Das Schmerzensgeld,* cit., p. 40.

[11] È sufficiente un rinvio a G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »,* cit., 1916, p. 967 ss.; e già FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 767 ss.

[12] DE CUPIS, *Il danno,* cit., II, 1970, p. 214 ss. Ma si rileggano anche le pagine di SAVIGNY, *Le obbligazioni,* trad. it. di Pacchioni, II, Torino, 1915, pp. 269-303; e quelle di SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 474 ss. Da ultimo, Hans STOLL, *Schadensersatz und Strafe,* cit., p. 571.

Diversa, come è ben noto, si presenta la situazione nei sistemi di *common law,* dove l'autore dell'illecito, se ha agito con dolo (« malicious, arrogant or insolent disregard of another's rights », SALMOND, *op. cit.,* p. 709; « malice, fraud, cruelty, insolence or the like », Mc GREGOR, *op. cit.,* p. 219), può venire condannato, oltre che al risarcimento del danno, anche al pagamento di danni « punitivi » o « esemplari » o « vendicativi », i quali sono diretti a fornire tanto una soddisfazione al desiderio di vendetta della vittima — prevenendo l'eventualità di una reazione violenta o arbitraria (Clarence MORRIS, *Punitive damages in tort cases,* in *Harv. law rev.,* 1930-31, p. 1173 ss.) — quanto un efficace esempio deterrente per i terzi. I casi in cui ciò è possibile, o mostra di avvenire più frequentemente, sono quelli di *malicious prosecution,* seduzione, abuso del processo, uccisione dolosa, diffamazione, *alienation of affections, assault* e *battery, false imprisonment, misrepresentation;* ma condanne del genere non sono rare anche in ipotesi di *procuring breach of contract* (è escluso invece l'inadempimento), di *private nuisance, trespass to land* o *to goods, unfair competition, conversion*: tutte situazioni, dunque, « ... which are theoretically criminally punishable, but which in actual practice go unnoticed by prosecutors occupied with more serious crimes » (Mc CORMICK, *Law of damages,* cit., p. 276; Mc GREGOR, *op. cit.,* p. 219), anche se non vi è, in effetti, incompatibilità con un'eventuale condanna penale (WILLIS, *Measure of damages,* cit., p. 421; MORRIS, *Punitive damages,* cit., p. 1196; *Restatement of torts,* IV, cit., § 908, comment *a*; CADIFF, KATZ e DA PONTE, *Punitive tort damages in New England,* in *Boston Univ. law rev.,* 1961, p. 389

danno arrecato con colpa venga ad essere riparato interamente; quanto perché in ogni caso — data la funzione reintegratoria che la responsabilità civile è chiamata ad assolvere — la sua misura costituisce la frontiera massima entro la quale diventa possibile ammet-

ss., 391). È tuttora controverso se al danneggiato competa un vero e proprio diritto a ottenere la corresponsione di questa voce, o se il giudice (o la giuria) non abbia invece al riguardo un potere discrezionale. Parrebbe invece risolto, in senso negativo, il problema se sia necessario un certo proporzionamento fra *actual* e *punitive damages*: almeno per gli Stati Uniti, sono infatti crescenti le decisioni in cui, ad una condanna per pochi dollari o per un solo dollaro di *actual damages*, fa riscontro una condanna per migliaia di dollari di *punitive damages* (per una sintetica rassegna, *Note*, in *Virg. law rev.*, 1957, p. 105 ss.); la situazione è però abbastanza diversa in Inghilterra. Si discute inoltre se gli *e. d.* possano essere fatti oggetto di una copertura assicurativa (ma v. *infra*, cap. XI, nota 123), mentre è tendenzialmente esclusa, per essi, una responsabilità del *master* (MORRIS, *op. cit.*, p. 1200; Mc CORMICK, *op. cit.*, p. 29; *Restatement of torts*, IV, cit., § 909; Hans STOLL, *Penal purposes*, cit., p. 11, nota 42); non risponde l'altra parte a questo titolo l'incapace di intendere e volere (Mc CORMICK, *op. cit.*, p. 282), mentre comincia a vacillare il limite dell'intrasmissibilità attiva (Mc GREGOR, *op. cit.*, p. 233 e p. 379), che pure era stato introdotto in Inghilterra nel non lontano 1934 (*Miscellaneous Provisions Act*, s. 2, ad esempio in CHAPMAN, *Statutes*, cit., p. 3; v. anche, per gli Stati Uniti, il *Restatement of torts*, IV, cit., § 908, comment *a*); abbastanza pacifiche sono poi la variabilità dell'ammontare degli *e. d.* a seconda dell'intensità del dolo (*Restatement*, IV, cit., § 908, comment *e*), la rilevanza di un'eventuale provocazione (*Restatement*, IV, cit., § 921; CADIFF-KATZ-DA PONTE, *op. cit.*, p. 403 s.), l'insufficienza di una colpa grave che non abbia certe coloriture psicologiche (SEDGWICK, *A treatise on the measure of damages*, 9ª ed., a cura di A. G. Sedgwick e J. H. Beale, New York, I, 1912, p. 723; Mc CORMICK, *op. cit.*, p. 281; SCHUSSERL, *Torts*, cit., p. 1; GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt a. Main-Berlin, 1961, p. 60; *Giant of Virginia Inc.* v. *Pigg*, 1967, in *Virg. law rev.*, 1967, p. 1857). Per qualche maggior chiarimento, ad ogni modo, POUND, *Interests of personality*, in *Harv. law rev.*, 1914, p. 445 ss., 451-452; POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 189 ss.; JENKS, *Digeste de droit civil anglais*, 2ª ed., tr. franc. di Baumann e Goulé, Paris, I, 1923, *passim*; ancora MORRIS, *Rough justice and some utopian ideas*, in *Ill. law rev.*, 1930, p. 730 ss.; ID., *Punitive damages in personal injury cases*, in *Ohio St. law journ.*, 1960, p. 216 ss.; WALTON, *La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne* (*plus particulièrement dans le droit français*) *comparée avec la théorie anglaise du délit civil* (*torts*), in *Recueil Edouard Lambert - Introduction à l'étude du droit comparé*, rist., Glashütten i. Taunus, 1973 (orig. Paris, 1938), II, p. 48 ss., 57; THOMAS, *The law of libel and slander*, New York, 1949, pp. 52-53; Jerome HALL, *Interrelations of criminal law and torts*, in *Col. law rev.*, 1943, p. 967 ss., 978; MAASDORP, *Delicts*,

tere obblighi dell'autore [13], sia pure questi un soggetto biasimevole com'è chi ha agito con dolo [14].

cit., p. 16; SALMOND, *op. cit.*, p. 708 ss.; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 581; HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 947; JAMES, *Functions of judge and jury in negligence cases*, in *Yale law journ.*, 1949, p. 667 ss., 680; ID., *Damages in accident cases*, cit., p. 582; SAMUELS, *Problems of assessing damages for defamation*, in *Law quart. rev.*, 1963, p. 63 ss., 75 ss.; RHEINSTEIN, voce « *Common law - Equity* », in *Enc. del dir.*, VII, 1960, p. 966; PROSSER, *op. cit.*, p. 9 ss.; GREGORY e KALVEN, *Cases and materials*, cit., p. 916 ss. (che insistono particolarmente sull'inammissibilità dei *p. d.* in caso di *negligence*); *The possibility of punitive damages as a remedy for a violation of rule 10 b-5*, in *Mich. law rev.*, 1970, p. 1608 ss.; DAVIES, « *Injurious affections* » *and the Land Compensation Act 1973*, in *Law. quart. rev.*, 1974, p. 361 ss., 362. Sui recenti sviluppi dell'istituto in Inghilterra, con e dopo *Rookes* v. *Barnard*, v. comunque *infra*, Cap. XI, note 119 e 144; e negli Stati Uniti *Roginsky* v. *Richardson-Merrel Inc.*, 1967, in KEETON e SHAPO, *Products and the consumer: defective and dangerous products*, Minneola N. Y., 1970, p. 215 ss. Per un giudizio « dall'esterno », intanto, DEMOGUE, *Validity of the theory of compensatory damages*, in *Yale law jour.*, 1918, p. 594; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 407, nota 2 (particolarmente ammirato); NÖRR, *Zum ersatz des immateriellen Schadens*, cit., p. 10, nota 51; DI MAJO GIAQUINTO, *Recensione* a Grossfeld, Die Privatstrafe, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 316 ss., 318; Hans STOLL, *Penal purposes*, cit., p. 10 ss.; REMÉ, *Die Aufgaben des Schmerzensgeldes*, cit., p. 13 e p. 73; nella letteratura meno recente, SENG, *Zur Frage der Vergütung*, cit., p. 354 ss.; oppure KOHLER, *Die Ideale im Recht*, in *Arch. für Bürg. Recht*, 1891, p. 263.

[13] LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 110; WILLIS, *Measure of damages*, cit., p. 422; OSER-SCHÖNENBERGER, *Obligationenrecht*, 2ª ed., Zürich, 1929-36, *sub* art. 43, nota 2; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 84; HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, cit., p. 41; BECKER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, VI, *Obligationenrecht*, 1, Bern, 1941, p. 238; OFTINGER, *op. cit.*, p. 51 e p. 232; MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems*, cit., p. 60; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., p. 392; v. CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, Karlsruhe, 1962 ed ora in *Gesammelte Schriften*, I, cit., p. 410 ss., 443; E. E. HIRSCH, *Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht*, 3ª ed., Berlin u. Frankfurt a. Main, 1964, p. 56; PECHER, *Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert*, in *Arch. civ. Praxis*, 1974, p. 44 ss., 67; PENNEAU, *Faute et erreur*, cit., p. 203.

[14] Soluzioni diverse dovrebbero cercare la loro giustificazione altrove, ad esempio sul terreno della pena privata (v. infatti NEUMANN, *Der Zivilrechtsschaden*, in *Jhering's Jahrbücher*, 1936-37, p. 276 ss., 318 s.). Anche il principio affermato da taluni scrittori — OERTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, II, cit., p. 40; HÖHN, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 29; *Restatement of torts*, cit., III, 1938, § 747 e IV, cit., § 903, comment *b*; *Restatement of the law of restitution, quasi contracts and constructive trusts*, St. Paul. Minn., 1937,

2. La seconda eventualità, invece, non soltanto può contare

---

§ 202, comment *c* e § 203, comment *a,* p. 820 e p. 829; SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto,* cit., *passim*; L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée,* loc. ult. cit.; v. CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung,* in *Festschrift E. Rabel,* Tübingen, I, 1954, p. 394 — secondo cui l'autore dell'illecito dovrebbe riversare alla vittima la maggior somma tra l'arricchimento e il danno, appare destinato a muoversi, perlomeno in Italia, nel quadro delle norme che disciplinano l'arricchimento, o all'interno delle specifiche ipotesi in cui è previsto quel maggior obbligo, senza potersi giovare di richiami diretti alla funzione preventiva e sanzionatoria della responsabilità: cfr. TRIMARCHI, *Causalità e danno,* cit., p. 10, nota 11; ID., *Illecito,* cit., p. 109; LEVI, *Restituzioni,* in *Riv. dir. priv.,* 1935, p. 254 (il quale — riprendendo uno spunto di GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* trad. it. a cura di Serafini-Cogliolo-Fadda, XIII, Milano, 1906, p. 25 — sottolinea che l'arricchimento verrà comunque riversato se, essendovi stato reato, il danneggiato agisce per la restituzione ex art. 185 cod. pen., o se, anche in mancanza di reato, egli esperisca un'azione reale: ma, a parte che si è già al di fuori della responsabilità aquiliana, come ben rileva CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* II, cit., p. 362, nota 1, occorre chiarire che, ove l'autore si sia impoverito per migliorare la cosa, dovrà almeno essergli ridata la minor somma tra il suo impoverimento e l'arricchimento della vittima). In Francia, soprattutto WAHL, *La responsabilité civile relative aux accidents d'automobiles,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1908, p. 34; DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, IV, cit., p. 131 e V, cit., p. 479, dove si precisa che solo eccezionalmente il danneggiante esonerato da una clausola di irresponsabilità potrà essere chiamato a riversare il profitto; L. RIPERT, *La réparation du préjudice,* cit., p. 110; CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée,* cit., p. 493; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* III, cit., (1960), p. 535, i quali auspicano però che, nel caso di un inadempimento colposo dal quale il debitore trae vantaggi superiori al danno, i giudici dichiarino prevedibile l'intero danno subito dal creditore (in tal senso già il nostro VITALI, *Del danno,* cit., p. 119). Per la Germania, si può inoltre ricordare Th. WOLFF, *Über die falsche Reklame,* in *Arch. für Bürg. Recht,* 1897, p. 13 ss., 27, ma bisogna aggiungere che gli autori tedeschi sono orientati in prevalenza ad ammettere la possibilità del concorso tra azione di arricchimento senza causa e azione di danni. Nella nostra letteratura, in generale, ancora ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile,* Torino, 1958, p. 557; da ultimo DE CUPIS, *Problemi e tendenze attuali della responsabilità civile,* in *Riv. dir. civ.,* 1970, I, p. 99.

Il limite del danno, sotto il profilo politico, appare particolarmente inopportuno quando chi si è arricchito era in dolo; proprio per questa ipotesi, tuttavia, le scarne disposizioni di cui l'interprete italiano può avvalersi, consentono soluzioni in cui frequentemente l'autore dell'illecito sarà alfine tenuto a riversare l'arricchimento percepito (*infra,* cap. XI, nota 145).

Anche là dov'è mancato ogni guadagno, è comunque possibile che la vittima finisca per trovarsi in una situazione migliore di quella precedente al fatto illecito: nel caso di reintegrazione in forma specifica, ad esempio, è pressoché

sulla frequenza con cui ricorre il suo presupposto [15] — quello del minor livello del risarcimento rispetto al danno — ma mostra di venire anche in rilievo in una serie abbastanza ricca di occasioni.

Così, in particolare, nel caso in cui il fatto della vittima abbia concorso con quello dell'autore nella produzione del danno, come anche nell'ipotesi in cui l'evento pregiudizievole sia imputabile a una pluralità di soggetti [16].

---

unanime la conclusione secondo cui il danneggiato non avrà l'obbligo di corrispondere la differenza tra il valore della cosa usata che è stata perduta o distrutta, e quello della cosa nuova, o in miglior stato, alla cui consegna il danneggiante venga condannato (v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 98; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.,* p. 971; ID., in AUBRY e RAU, *op. cit.,* p. 506; HÖHN, *op. cit.,* pp. 37-38; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., p. 640; SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica,* cit., p. 566; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 302; Mc GREGOR, *On damages,* cit., pp. 10-11; SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.,* II, p. 167).

[15] STARCK, *Essai d'une théorie générale,* cit., p. 401 ss.

[16] Sul rilievo che il grado di colpevolezza, e in particolare il dolo, assume nella prima delle due situazioni, indugiano con speciale insistenza gli interpreti di lingua tedesca: già nel secolo scorso, ad esempio, MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interesse,* cit., p. 157; DEMELIUS, *Über Kompensation der Kulpa,* in *Jhering's Jahrbücher,* 1861, p. 52 ss., 81; PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen,* cit., p. 62; WENDT, *Eigenes Verschulden,* in *Jhering's Jahrbücher,* 1892, p. 137 ss., 157 e 165 ss.; ID., *Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt,* in *Arch. civ. Praxis,* 1897, p. 422 ss., 442; Th. WOLFF, *Über die falsche Reklame,* cit., p. 27; LINCKELMANN, *Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich,* Berlin, 1898, pp. 57-58. Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del BGB, TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht,* Leipzig, 1900, p. 135, nota 18; v. LEYDEN, *Die sogenannte Culpa-Compensation im BGB,* Berlin, 1902, pp. 52-52; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 55; GOTTSCHALK, *Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB,* Berlin, 1903, p. 53 ss., pp. 56-58, p. 98 ss.; TRAEGER, *Der Kausalbegriff,* cit., p. 344 e pp. 355-356; KRÜCKMANN, *Verschuldensaufrechnung,* cit., p. 7; LITTEN, *Recensione* a Traeger, Der Kausalbegriff, cit., pp. 30-31. In seguito, PLANCK (-SIBER), *Kommentar,* II, 1, cit., p. 107; STAFFEL, *Zur Fortbildung der Lehre von der adäquaten Verursachung,* in *Gruchot Beiträge,* 1921, p. 418 ss., 432; COSACK-MITTEIS, *Lehrbuch,* I, cit., p. 395; HECK, *Grundriss,* cit., p. 46; STARK, *Beitrag zur Theorie der Entlastungsgrunde im Haftpflichtrecht,* Aarau, 1946, p. 100 e p. 181 ss. Recentemente Emil BOEHMER, *Das Sachschadenhaftpflichtgesetz,* Berlin, 1954, p. 69; ESSER, *Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen,* in *Juristen Zeitung,* 1952, p. 257 ss., 258; Rudolf SCHMIDT, *Bürgerliches Recht,* II, cit., p. 20; MOLITOR, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 43; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflicht-*

Per la prima delle due situazioni, l'art. 1227 cod. civ., 1° com-

---

recht, cit., p. 82; HELDRICH, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der ausservertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin, 1961, p. 156; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 282; Rolf KELLER, *Zurechenbare Mitverursachung bei der Gefährdungshaftung*, in *RabelsZ.*, 1967, p. 412 ss.; VENZMER, *Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht*, München u. Berlin, 1960, p. 172; v. BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, cit., p. 278; BUXBAUM, *Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen, französischen und anglo-amerikanischen Recht*, Karlsruhe, 1965, p. 25. Da ultimi, SIRP, in ERMAN *Handkommentar*, cit., p. 443, n. 3, k e p. 479, n. 7; SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.*, § 826, Bem. 63; STAUDINGER (-WERNER), *Kommentar*, cit., p. 133; Eike SCHMIDT, *Grundlagen*, cit., p. 539; WAGENFELD, *Ausgleichsansprüche unter solidarisch haftenden Deliktsschuldern im englischen und deutschen Recht*, Tübingen, 1972, p. 176 ss.; HONSELL, *Bereicherungsanspruch und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1973, p. 350 ss., 352-53; RÖHL, *Zur Abgrenzung*, cit., p. 523. Con riferimento al danno morale, LIEBERWIRTH, *op. cit.*, p. 41; KNÖPFEL, *op. cit.*, p. 157; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.*, III, § 847, Bem. 14, p. 1210.

Occorre tener presente che, per l'ipotesi del concorso fra danneggiante e danneggiato, il § 254 BGB dispone in effetti solamente che « l'obbligo di risarcire, come pure la misura del risarcimento da prestarsi, dipendono dalle circostanze, specialmente dall'essere il danno stato cagionato principalmente dall'una o dall'altra parte »; d'altra parte è proprio questa norma, abitualmente trascurata dai primi commentatori del BGB (così Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 29, nota 65), ad apparire come uno dei riferimenti più importanti che la realtà è venuta ponendo in questi ultimi decenni, costituendo anzi il punto di partenza per quasi tutti i progetti di riforma recentemente elaborati nell'ambiente tedesco (SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.*, § 254, Bem. 1; WEITNAUER, *Remarques sur l'évolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand*, in *Rev. int. droit comp.*, 1967, p. 807 ss., 820): ciò rende l'atteggiamento degli interpreti germanici ancor più significativo di quello riscontrabile negli scrittori francesi e belgi, per i quali la conclusione circa la rilevanza del grado di colpa in questa ipotesi di concorso, rappresenta pur sempre una conquista non trascurabile rispetto a un codice che non fornisce al riguardo nessun criterio esplicito (cfr., per tutti, MARTEAU, *De la notion de la causalité*, cit., pp. 186-187; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, IV, cit., p. 494 e p. 512; HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 131; P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1934, p. 330; ID., in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 433; BAUDIN, *La responsabilité en matière délictuelle: coréalité et solidarité*, in *J. C. P.*, 1943, I, p. 349 ss.; CRICK, *L'élément « degré de la faute »*, cit., p. 39 ss.; FUZIER HERMAN, *op. cit.*, p. 611; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 243, p. 245 e p. 327; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 241; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jurispr. belge*, 1959, p. 318; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité*, II, cit., p. 387; FOSSERAU, *L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1963, p. 9 ss.; WAGNER, *The victim's fault in wrongful*

ma [17] — richiamato in materia extracontrattuale dall'art. 2056 cod.

---

death actions in french law, in *Am. Journ. comp. law*, 1963, p. 82 ss.; TUNC, *Les problèmes contemporains*, cit., p. 777; VINEY, *Le déclin*, cit., p. 317; SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère Série, *Panorama des mutations*, 3ª ed., Paris, 1964, p. 355; CHABAS, *Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal*, in *Dalloz*, 1970, *Chron.*, p. 113; ID., *Note* a Ch. civ., 15 nov. 1972, *ivi*, 1973, *Jurispr.*, p. 535; ID., *Fait ou faute de la victime*, *ivi*, 1973, *Chron.*, p. 207 ss., 208; PUECH, *L'illiceité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, 1973, p. 83).

Quanto all'Austria, v. nel senso della decisività del grado di colpevolezza gli interpreti citati *infra*, Cap. VIII, nota 15: e sin d'ora, HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht*, cit., II, p. 164, nota 127; KRASNOPOLSKI, *Österreichisches Obligationenrecht*, cit., pp. 175-176.

[17] In quanto fondata sul principio dell'autoresponsabilità (CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 460 ss.), questa ipotesi dovrebbe tenersi distinta da quelle in cui l'esclusione o la diminuzione della responsabilità di chi ha concorso ad arrecare il danno debba affermarsi sulla base di considerazioni relative alla causalità (TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 129): e sarebbe anzi il maggior rigore del principio dell'autoresponsabilità a permettere di affermare come assoluto il principio per cui il fatto volontario della vittima esclude una responsabilità dell'autore in colpa, mentre nel caso di fatto volontario del terzo, per il quale possono valere le regole meno severe della causalità, il principio dell'esclusione della responsabilità per il convenuto negligente sarebbe soltanto tendenziale (TRIMARCHI, *op. loc. cit.*).

La distinzione può anche accogliersi, senza attribuirvi però importanza eccessiva, data la sostanziale e definitiva coincidenza fra problema della causalità e problema della responsabilità (GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., p. 405 ss.), e dal momento che alla causalità non sono certamente estranee le considerazioni per quel profilo della prevenzione in cui Cattaneo individua le note differenziali dell'autoresponsabilità (v. pure Mc GREGOR, *On damages* cit., p. 56). È agevole poi rilevare che, se la sorte del danneggiante in colpa dev'essere decisa in base ai principi dell'autoresponsabilità, quella del danneggiante non può che dipendere da un'applicazione di regole diverse: non sarà infatti possibile prescindere — seppur l'art. 1227 non lo afferma espressamente — da una considerazione della « gravità della colpa » e delle « conseguenze che ne sono derivate » dello stesso danneggiante, e, poiché le conclusioni che se ne trarranno vengono ad incidere direttamente sulla quantificazione del risarcimento, sembra difficile negare che il trattamento della vittima corresponsabile è anche il risultato di una messa in opera dei principi sulla causalità.

Perché allora distinguere, così come è stato fatto nel testo, tra l'ipotesi dello scontro automobilistico fra Tizio e Caio (*retro*, Cap. II, n. 8), e questa contemplata dall'art. 1227, 1° comma? Perché trattarle separatamente, se i principi sull'autoresponsabilità sono appena un correttivo più aspro dei criteri propri della causalità?

La risposta non è soltanto che in quel caso si trattava di risolvere — o, meglio, la causalità ambiva a decidere — un problema di *an respondeatur*,

civ., 1° comma — prevede infatti che, concorrendo la colpa del creditore, « il risarcimento è diminuito secondo *la gravità della colpa* e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate »[18]; e una formula

mentre qui la questione riguarda il profilo del *quantum respondeatur*; tale differenza potrebbe invero apparire ben secondaria rispetto alla considerazione dell'identità dei meccanismi operanti nei due casi (v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,* München u. Berlin, II, 2, 1918, p. 470; BECKER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,* VI, *Obligationenrecht,* 1, Bern, 1941, p. 246; HORN, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit,* Berlin, 1962, p. 126). Conta invece il fatto che attraverso l'art. 1227 cod. civ. — diversamente da quanto può avvenire con il § 254 BGB — non potrà giungersi a definire una questione di esistenza o meno della responsabilità: tale norma presuppone infatti già avvenuta una decisione al riguardo, e limita il gioco del rilievo delle colpe entro il quadro di una « diminuzione » del risarcimento, senza cioè giungere ad affermare che questo possa essere addirittura escluso (cfr. GIUSIANA, *Il concetto,* cit., p. 71; v. anche PLANCK-SIBER, *Kommentar,* II, 1, cit., p. 102). Dell'esclusione resta competente soltanto l'art. 2043 (o 1218). Volendo riprendere la distinzione accennata, dovremo cioè dire che in virtù del principio dell'autoresponsabilità, in quanto consacrato da una norma apposita, si può ottenere una variazione del risarcimento: per arrivare invece ad escluderlo, tale principio non può valere autonomamente, visto che la norma generale sulla responsabilità non ne fa cenno; l'unica via testualmente concessa è infatti quella di dire che il fatto colposo del terzo non ha « causato » il danno, e che manca cioè un elemento della fattispecie illecita. Se vuole raggiungere questo secondo e maggior effetto, in altri termini, l'autoresponsabilità deve rassegnarsi a prendere il nome della causalità, dopo di che essa non ha maggiore autonomia di tutti gli altri principi che operano in questa materia: per questo è sembrato giusto inquadrare sotto il profilo della causalità anche l'ipotesi dello scontro automobilistico (in relazione al danno che Tizio, investitore in dolo, aveva arrecato a se stesso; per il danno a Caio, essendo pacifico che operavano principi della causalità in senso stretto).

La giurisprudenza, d'altro canto, è solita applicare l'art. 1227 anche all'ipotesi in cui il danneggiato sia incapace, mostrando con ciò di prescindere dai principi dell'autoresponsabilità (citazioni in TRIMARCHI, *Causalità,* cit., p. 131, nota 124, contrario all'orientamento, salvo per il caso in cui « il fatto del danneggiato incapace abbia determinato alcune conseguenze in enorme sproporzione con la gravità della colpa del danneggiante »).

[18] Espressioni come questa — o come altre analoghe che si ritrovano nei codici di paesi stranieri — non resistono probabilmente alla critica secondo cui « è poco scientifico » parlare di « colpa a proposito di atti che non sono contrari al diritto altrui, ma svantaggiosi per l'autore medesimo » (v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 339, nota 1 e p. 90, ove si sottolinea che « non esiste obbligo giuridico di preservare se stessi da un danno »: cfr. anche CROME, *System,* I, cit., p. 494, nota 2 e pp. 496-497; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* Tübingen, 1906, p. 78; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 163 ss.; MÜLLER, *Die Bedeutung,* cit., pp. 21, 43, 54 testo e nota 1, 115;

identica, in relazione alla seconda figura di concorso, è adoperata dall'art. 2055 cod. civ., per definire la misura entro la quale colui che

OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 53; BURCHARD, *Bürgerliches Recht,* I, *Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse,* Berlin, s. d., p. 91; lo stesso v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,* II, 2, cit., p. 493 ss.; PLANCK (-SIBER), *Kommentar,* II, 1, cit., p. 103; RANDA, *Die Schadenersatzpflicht,* cit., p. 73; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 184 ss. e p. 426; SIBER, *Grundriss,* 2, *Schuldrecht,* cit., p. 41; ancora H. A. FISCHER, *Recensione* a Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden, (cit.), in *Krit. Viert. für Gesetzgebung und Rechtswiss.,* 1905, p. 332 ss., 338; ADRIANI, *Der Schuldbegriff in § 254 BGB,* Leipzig, 1939, p. 17 e p. 22 ss.; recentemente OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* cit., p. 138; CHARLESWORTH, *On negligence,* cit., p. 508; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 1326; ROTHER, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 83; ID., *Grenzen des mitwirkenden Verschuldens,* in *Neue jurist. Wochenschrift,* 1966, p. 326; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.,* § 254, Bem. 11 ss.; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 326, per il quale, appunto, « nur ein rechtswidriges Verhalten schuldhaft sein kann »; CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito,* in *Riv. dir. civ.,* 1972, I, p. 553 ss., 562 e 580). La forza di una conforme tradizione e lo scarso pericolo di confusione od equivoci, unitamente alla difficoltà di trovare vocaboli migliori, tranquillizzano però in parte l'interprete che intenda mantenersi fedele alla terminologia legislativa (di « Verschulden gegen sich selbst » parlava, com'è noto, ZITELMANN, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs,* I, *Allemeiner Teil,* Leipzig, 1900, p. 152 e pp. 169-170, e in seguito Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 82; TRAEGER, *Der Kausalbegriff,* cit., p. 329; COSACK-MITTEIS, *op. cit.,* p. 284; HÖHN, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 46; recentemente, VENZMER, *Mitverursachung,* cit., p. 97 e p. 207 e da ultimo Ernst WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,* Köln-Bonn-Berlin-München, 1973, p. 178. V. anche, ricorrendo alla categoria dell'onere, o a strumenti formali analoghi, e comunque in senso critico verso il linguaggio legislativo, PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz,* cit., p. 34, nota 101; WEYL, *System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich,* München, 1905, p. 297 ss. e p. 518 ss.; M. RÜMELIN, *Das Verschulden in Straf- und in Civilrecht,* Tübingen, 1909, p. 35; COPPA ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »,* cit., p. 143; v. LEYDEN, *op. cit.,* p. 67; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.,* p. 38; BECKER, *Kommentar,* VI, *Obligationenrecht,* 1, cit., p. 244; STARK, *Beitrag zur Theorie,* cit., p. 185 ss.; Reimer SCHMIDT, *Die Obligenheiten,* Karlsruhe, 1953, p. 105 ss.; NIPPERDEY, *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht,* cit., p. 1779; DUNZ, *Wesen und Arten des « eigenen Mitverschuldens »,* in *Juristen Zeitung,* 1961, p. 406 ss.; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.,* p. 131 ss.; ZEUNER, *Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht,* in *Juristen Zeitung,* 1966, p. 1. Diversamente, e cioè per un ricorso al concetto di colpa in senso stretto, Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 255; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., pp. 100-101 (che modificherà però in seguito la propria posizione); GUHL, *op. cit.,* p. 80; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 59 ss.;

ha effettuato la riparazione — che è dovuta per il totale del danno, trattandosi di responsabilità solidale — ha diritto di regresso nei confronti del o dei restanti coautori del danno [19].

Di Prisco, *Concorso di colpa,* cit., *passim,* e comunque pp. 28, 82, 236, 281; Koziol, *Die Schadensminderungspflicht,* cit., p. 228).

[19] In queste due norme dovrebbe anzi leggersi l'indice di un principio più vasto, in base al quale la responsabilità non potrebbe estendersi « agli eventi dannosi che, per il concorso causale di circostanze eccezionali, si siano verificati con una gravità enormemente sproporzionata alla gravità del rischio creato con l'atto illecito » (Trimarchi, *Causalità,* cit., p. 104). Si tratta di una lettura convincente, e che merita di essere approvata, anche in considerazione dei limiti abbastanza precisi entro cui il principio è stato formulato. Qui, ad ogni modo, quel che importa è rilevare come tale principio non potrebbe valere — o, almeno, non con altrettanta assolutezza — nel caso di un comportamento doloso, dal momento che se la gravità del rischio creato con un'azione dolosa può ancora essere uguale a quella di un'azione colposa, ben diverso è nei due casi il valore sociale dell'azione, e cioè l'area del rischio consentito. Anche questa volta la soluzione potrà poi variare a seconda che l'autore doloso abbia o meno potuto prevedere con certezza il verificarsi della circostanza eccezionale. Si tratta comunque di un ulteriore campo di (tendenziale) autonomia del dolo rispetto alla colpa, nell'ambito della causalità: oltre agli eventi eccezionali, previsti, e proporzionati con la gravità del rischio creato; oltre ad alcune conseguenze impreviste (e insolite) di un evento iniziale voluto; anche gli eventi (previsti o imputabili a titolo sanzionatorio) sproporzionati con la gravità dell'atto.

Sull'applicabilità del principio al risarcimento del lucro cessante, vedi *infra,* in questo Capitolo, n. 5.

In Germania, il recente progetto varato per iniziativa del *Bundesjustizministerium* (1967) prevede appunto l'aggiunta al § 255 BGB di una formula concepita in questi termini: « Ist der Schaden im Hinblick auf die Ersatzpflicht begründeten Umstände aussergewöhnlich hoch, so kann das Gericht die Ersatzpflicht insoweit einschränken, als sie für den Ersatzpflichtigen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde ». Ma ad essa segue una riserva ben precisa: « Eine Einschränkung der Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, soweit der Erzatzpflichtige oder ein verfassungsmässig berufener Vertreter des Ersatzpflichtigen oder im Falle des § 839 derjenige, der die Amtspflicht verletzt hat, den Schaden vorsätzlich oder grossfahrlässig herbeigeführt hat ». Con queste limitazioni, il ritocco dell'*Alles-oder-Nichts-Prinzip* sembra raccogliere consensi più vasti rispetto a quelli sollevati da altre precedenti e più generali proposte di modifica: cfr. Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht,* Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, p. 107; Nipperdey, *Tatbestandaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände,* in *Neue jurist. Wochenschrift,* 1967, p. 1985; Kübler, *Der Referententwurf für ein neues Schadensersatzrecht und die zivilrechtliche Haftung der Presse,* in *Juristen Zeitung,* 1968, p. 542 ss., 543, 546 e 549; assai più tiepido, peraltro, Eike Schmidt, *Grundlagen,* loc. ult. cit.;

È chiaro allora il peso che il dolo assume in questi casi: come punta estrema nella scala della colpevolezza, e per la parte di responsabilità che dev'essere calcolata in funzione del grado di colpa [20] —

---

recentemente, Tilmann, *Haftungsbegrenzung im Äusserungsdeliktsrechte,* in *N. J. W.,* 1975, p. 758 ss., 763 s.

[20] È appena il caso di ricordare il nessun seguito in giurisprudenza (ad esempio, Cass. 4 giugno 1969, n. 1970, in *Giur. it., Rep.,* 1969, voce « *Responsabilità civile* », n. 273; Cass. pen., 8 febbraio 1967, *ivi,* 1968, voce cit., n. 116; per la Germania v. i richiami offerti da Rother, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 60 ss.) dell'affermazione secondo cui soltanto l'entità delle conseguenze, e non anche la gravità della colpa, dovrebbe essere presa in considerazione ai fini della ripartizione (in tal senso invece Giusiana, *Il concetto,* cit., p. 75, nota 44; Quagliariello, *Sulla responsabilità,* cit., p. 32; e già Coppa Zuccari, *La « compensazione delle colpe »,* cit., p. 182). Aggiungeremo anzi — pur con qualche riserva sulla proprietà della sistemazione (*retro,* nota 17) — che il 1° comma dell'art. 1227 viene talora utilizzato per escludere la responsabilità del coautore dinanzi all'altrui dolo (è stata così negata, ad esempio, la responsabilità dell'Amministrazione Militare per la morte di un soldato, affetto da epilessia e deceduto in seguito alla caduta da una finestra, in quanto la vittima aveva deliberatamente occultato ai medici la propria malattia nervosa: Cass. 10 dicembre 1967, in *Giur. it., Rep.,* 1969, voce cit., n. 63).

La situazione è analoga per quanto concerne il *Law Reform (Contributory Negligence) Act,* 1945, e sarà bene rammentarlo espressamente giacché a qualcuno dei nostri scrittori è sembrato che quel provvedimento — mirante ad abolire la vecchia regola, di fatto già ampiamente sgretolata, dell'irrisarcibilità per ogni danno in qualche modo imputabile alla vittima — abbia invece introdotto in Inghilterra un principio di stampo meramente obiettivistico; è facile tuttavia rilevare che gli interpreti di questo paese — com'era del resto già avvenuto con il *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act,* 1935, p. II, *subs.* 2, relativo all'altra ipotesi di concorso (cfr. Glanville Williams, *Joint torts and contributory negligence,* cit., pp. 155-56) — non dubitano affatto dover la distribuzione avvenire « in the light of all the relevant factors bearing of the blameworthiness of the parties » (così Chapman, *Statutes,* cit., p. 22, ove richiami di varie decisioni; ma cfr. anche Street, *The law of torts,* cit., p. 77; Fleming, *An introduction,* cit., p. 116 ss. e p. 141; Lawson, *Notes on the history of torts in the civil law,* in *Journ. of comp. legislation,* 1940, p. 136 ss., 143; Livneh, *Factors determining the amount of damages,* cit., p. 181 ss.; *Brown* v. *Thompson* (1968) 1 W. L. R. 1003, 1008, C. A.; (1968), 2 All. E. R. 708, 709, 4. 1. (C. A.) — « When it is necessary for a court to ascribe liability in proportion to more than one person, it is well established that regard must be had not only to the causative potency of the acts or omissions of each of the parties, but to their relative blameworthiness ..... the emphasis is upon fault, not solely upon causation of damage »; oppure Atiyah, *Vicarious liability,* cit., p. 14, nota 3; Id., *Accidents, compensation and the law,* cit., p. 158; e già Walton, *La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne,* cit., p. 59, nonché Winfield, *The Restate-*

l'altra dipendendo dall'« entità delle conseguenze » —, la sua eventuale presenza inciderà nel senso di appesantire al massimo l'obbligo

ment of the law of torts, cit., p. 28; ulteriori richiami di dottrina in PAYNE, *Reduction of damages for contributory negligence,* in *Mod. law rev.,* 1955, p. 344, nota 2; per gli Stati Uniti, ad esempio, *Steinmetz* v. *Kelly,* 1880, in GREGORY e KALVEN, *Cases and materials,* cit., p. 237 — se il gestore di un saloon ha aggredito un cliente, non può difendersi allegando che quest'ultimo aveva trascurato negligentemente di ottemperare all'invito rivoltogli di andarsene; con ampiezza, SEAVEY, *Principles of torts,* cit., p. 98; ID., *Judge Magruder,* cit., p. 1260; oppure JAMES e DICKINSON, *Accident proneness and accident law,* in *Harv. law rev.,* 1949-50, p. 769 ss., 786; JAMES, *Contributory negligence,* cit., p. 707 ss.; van DICK, *Last clear chance in Virginia,* in *Virg. law rev.,* 1954, p. 637 ss.; F. G. MILLER, *Comment,* in *Boston Un. law rev.,* 1958, p. 322 ss.; KEETON, *Conditional fault in the law of torts,* in *Harv. law rev.,* 1958-59, p. 401 ss., 404; ID., *Creative continuity in the law of torts,* in *Harv. law rev.,* 1961-62, p. 463 ss., 506 s.; v. pure CATTANEO, *Concorso di colpa,* cit., p. 464, nota 14; GRÖNFORS, *op. cit.,* p. 112.

Come si vede, è stato omesso nel testo ogni riferimento all'ipotesi regolata dal 2° comma dell'art. 1227, e cioè ai danni che il creditore o la vittima avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza: non sembra, infatti, che la considerazione della gravità della colpa possa esercitare al riguardo qualche influenza, se si trascura la consueta situazione dell'aggravamento obiettivamente straordinario sul cui verificarsi il danneggiato, in virtù di sue particolari cognizioni, poteva contare con relativa sicurezza. Di fatto, il giudice potrà ben essere indotto, qui come altrove, ad attribuire un certo peso alla circostanza dell'intenzionalità o involontarietà della condotta. Ma, in linea di principio, il fatto che una lesione sia stata dolosa non può esimere l'offeso dal dovere di attivarsi per mitigare il pregiudizio, o aumentare il risarcimento per le spese che egli ha incontrato in tale operazione; così come, ove l'omissione sia deliberata, non ne verrà ulteriormente alleviato il carico risarcitorio che grava sull'agente (LARENZ, *Lehrbuch,* I, cit., p. 128; JAMES, *op. ult. cit.,* p. 708; EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken,* cit., p. 595; SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.,* § 254, Bem. 19; SOERGEL-KNOPP, *op. cit.,* § 826, Bem. 64; STAUDINGER-WERNER, *Kommentar,* cit., p. 158; HONSELL, *Bereicherungsanspruch,* cit., p. 352, nota 21; per la seconda ipotesi, OFTINGER, *op. cit.,* p. 90; in generale MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens,* cit., p. 186).

Una posizione diversa — che ci sembra sostanzialmente da approvare — è assunta dal *Restatement of torts,* IV, cit., § 918, per l'ipotesi in cui l'evento che un comportamento diligente della vittima avrebbe potuto mitigare nei suoi riflessi negativi, sia proprio quello in vista del quale ha operato l'autore del fatto doloso. Nel caso in cui il dolo non sia stato di tal genere, anche il *Restatement* ammette che « ricovery for such harm is denied because it is in part the result of the injured person's lack of care and public policy requires that person should be discouraged from wasting their resources both physical or economic ». Ma si afferma appunto che se A ha inferto deliberatamente una pugnalata a B, e quest'ultimo omette imprudentemente di curarsi

del soggetto che versasse in tale stato [21] (e ciò, quando tale presenza

e si infetta, A debba esser responsabile per l'intero danno arrecato (*ivi,* ill. *4*). Anche in tal caso, non potrà esservi però responsabilità per quella parte del danno che l'offeso abbia deliberatamente evitato di impedire: così, se A ha distrutto il recinto sul fondo di B, e ciò proprio al fine di farne scappare il bestiame, egli non sarà responsabile per il pregiudizio collegato con tale fuga, nel caso in cui B — che pur poteva facilmente trattenere gli animali — abbia omesso di farlo contando su un risarcimento esteso a quest'ulteriore capitolo dannoso (*ivi,* ill. *5*; v. pure *infra,* Cap. IV, nota 4).

Non si può invece seguire il *Restatement* nell'affermazione secondo cui, agli effetti qui presi in considerazione, al dolo sarebbe sempre equiparata la colpa grave (§ 918, *subs.* 2): una regola con cui non si può evitare di concludere — come conclude di fatto il *Restatement, ivi,* ill. *6,* ma in termini per noi poco accettabili — che se A ha dato fuoco ad una catasta di legna in prossimità del granaio di B, e l'ha fatto noncurante o indifferente per le conseguenze del suo gesto, egli sarà responsabile dell'incendio del granaio anche se tale propagazione sarebbe stata evitata con facilità nel caso in cui B, invece di correre a domandare soccorso a un suo vicino, avesse usato la pompa già pronta per l'uso lì a due passi.

Aggiungeremo, piuttosto, che il rifiuto di lasciarsi aiutare dal danneggiante nella prevenzione del maggior danno, sarà valutabile assai diversamente, per i fini dell'art. 1227, 2° comma, a seconda che il comportamento lesivo fosse stato colposo oppure doloso; dal momento che, in quest'ultimo caso, non si può pretendere che la vittima confidasse senz'altro nelle buone intenzioni del suo ex-avversario. D'altra parte, nei casi in cui il danneggiante in colpa sarebbe esentato per l'aggravamento che la vittima non è riuscita ad impedire a causa della propria minoranza fisica o psichica — si pensi, per il momento, a quegli *handicap* di cui nemmeno i fautori della valutazione in concreto della colpa sono disposti ad ammettere la rilevanza — sarà invece responsabile per l'intero danno chi risulti aver agito con l'intenzione di arrecarlo; salvo distinguere, a seconda delle circostanze, quando si debba esigere nell'agente la conoscenza della minorazione, o magari la prova di un calcolo relativo all'aggravamento, e quando possa invece bastare la semplice volontà del primo evento dannoso (o della prima quota di danni ad esso collegato). È valido, infine, il patto che libera il danneggiato dall'onere di attivarsi per limitare l'entità del danno: ma, come sempre, anch'esso non opererà nell'ipotesi di un aggravamento doloso (Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 82, nota 73).

[21] Particolarmente espliciti, in tal senso, PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz,* cit., p. 39; KOHLER, *Schuldrecht,* cit., pp. 487-488; LEHR, *Traité élémentaire de droit civil germanique,* Paris, II, 1892, p. 218; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 80 s.; ROSENTHAL, *op. cit.,* II, p. 77, n. 5; KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts,* München, 1929, p. 320, nota 79; HÖHN, *op. cit.,* p. 48; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht,* loc. ult. cit.; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.,* pp. 237-238; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.,* p. 40, testo e nota 15; ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.,* p. 76; GUHL, *op. cit.,* p. 60; WIEFELS, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., pp. 48-49; ROTHER, *Haftungs-*

non sia già valsa ad eliminare, reagendo sulla causalità, la stessa responsabilità della controparte o degli altri autori del danno)[22].

---

beschränkung, cit., p. 30 e p. 40, testo e nota 2; Id., *Grenzen des mitwirkenden Verschuldens,* cit., p. 327; Grönfors, *op. cit.,* p. 112; Marton, *Versuch,* cit., p. 60; Alff, *op. cit.,* § 254, 20. V. anche Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,* Berlin, 1899, II, p. 13, nonché gli autori citati *retro,* nota 16.

Fra i nostri scrittori, Venezian, *Danno e risarcimento,* cit., p. 308; Coppa Zuccari, *La « compensazione delle colpe »,* cit., p. 244 ss.; Castellari, *Della lex Aquilia,* cit., p. 339; Orlando Cascio, *Teoria della responsabilità,* cit., p. 11, nota 26; recentemente Breccia, *La buona fede nel pagamento dell'indebito,* in *Riv. dir. civ.,* 1974, I, p. 130 ss., 176.

In particolare, sull'eventualità che colui che ha pagato possa farsi tenere indenne per l'intero, in via di regresso, dal corresponsabile in dolo, e sulla possibilità che colui che ha pagato veda frustrata, in quanto il suo contributo sia stato doloso, ogni *chance* di rivalsa nei confronti del coautore in colpa, Albert Ehrenzweig, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 251; Jolowicz, in Clerk e Lindsell, *On torts,* cit., pp. 118-119; ed anche contro il coautore in dolo, Reath, *Contribution between persons jointly charged for negligence,* in *Harv. law rev.,* 1898-99, p. 176 ss.; Bohlen, *Contributory negligence,* cit., p. 242; Swoboda, *Das Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 92. Diversamente però, sul primo punto, Ch. crim. 20 mars 1972, in *Dalloz,* 1972, *Jurispr.,* p. 395; e, sul secondo, Krasnopolsky, *Österreichisches Obligationenrecht,* cit., p. 174; Koziol-Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts,* 2ª ed., Wien 1971, p. 185; Wagenfeld, *Ausgleichsansprüche,* cit., pp. 48-53.

Sul principio « Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent » (Marciano, D, 4, 3, 36), Eisenbach, *De compensatione circa maleficia, vel quasi, occasione legis XXXVI Dig. de dolo malo,* Tübingen, 1778, p. 6; Voet, *Commento alle Pandette,* trad. it., Venezia, I, 1837, p. 697; Arndts, *Trattato delle Pandette* (citiamo qui dalla trad. it., sulla VII ed., di F. Serafini, Bologna, 1873), p. 266; Pernice, *Marcus Antistius Labeo,* 2ª ed., Halle, II, 1895, p. 92; Demelius, *Über Kompensation der Kulpa,* cit., p. 52 ss., 57 e p. 79; Wendt, *Eigenes Verschulden,* cit., p. 171; v. Leyden, *Die sogenannte Culpa-Compensation,* cit., p. 36; H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 166 e p. 181; Schwind, *Römisches Privatrecht,* I, *Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts,* Wien, 1950, p. 267; Rother, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 32. Fra i nostri autori, Coppa Zuccari, *La « compensazione delle colpe »,* cit., p. 20 ss., p. 42 e p. 242. V. comunque Soergel (-Hahne), *Bürgerliches Gesetzbuch,* I, cit., p. 706; Staudinger (-Werner), *Kommentar,* cit., p. 133; Soergel (-Reimer Schmidt), *op. cit.,* § 254, Bem. 19.

[22] Particolarmente significativo — per il riconoscimento del ruolo che il dolo può svolgere nel giudizio di causalità — appare anche il dibattito sul problema dell'applicabilità o meno alla provocazione della regola stabilita dall'art. 1227, 1° comma: e ciò tanto nelle motivazioni di chi vuole una corresponsabilità del provocatore, quanto in quelle di chi nega che il danneggiante provocato possa giovarsi della norma in esame. Ai primi, infatti, per concludere

3. L'attribuzione di un preciso spicco al dolo, sotto il profilo del *quantum* che va risarcito, risulta qui dunque espressamente dalla

---

che si è dinanzi ad una tipica concausa rilevante, appare decisiva la considerazione dell'essenza stessa della provocazione, dell'essere cioè questa un'offesa, stimolo o istigazione che è stata proposta e attuata intenzionalmente dalla vittima (v. De Cupis, *Sul limite di applicabilità del concorso del fatto del danneggiato,* in *Foro pad.,* 1954, III, c. 67 ss.; Id., *La provocazione come concorrente fatto colposo del danneggiato, ivi,* c. 169 ss.; Ondei, *La responsabilità per il danno arrecato per eccesso di difesa e di provocazione, ivi,* 1954, I, c. 591; Peretti Griva, *Provocazione grave e responsabilità civile, ivi,* 1954, I, c. 435; parzialmente Forchielli, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 68, nota 25; in giurisprudenza, Cass. 3 maggio 1958, in *Giust. civ.,* 1958, I, p. 1514; App. Napoli 30 gennaio 1953, in *Giur. it.,* 1964, I, 2, c. 965; App. Roma 4 gennaio 1955, in *Riv. giur. circ. e trasp.,* 1955, p. 699; Trib. Firenze 25 maggio 1957, in *Giur. tosc.,* 1957, p. 550), donde l'impossibilità di tener conto di una provocazione colposa, ossia di un atto obiettivamente provocatorio ma involontario, e la necessità di graduare la soluzione secondo la gravità della provocazione (v. anche Visintini, *La responsabilità civile,* cit., p. 645; Brasiello, *I limiti,* cit., p. 365; Bonasi Benucci, *La responsabilità civile,* cit., p. 50; De Cupis, *Il problema giuridico del « quantum respondeatur »,* in *Riv. dir. civ.,* 1967, I, p. 516 ss., 518; così, per la Germania, Blomeyer, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 182; per la Svizzera, Becker, *op. cit.,* p. 245 e Funk, *Handkommentar,* cit., p. 44; per il Belgio, Simone David, *Responsabilité civile et risque professionnel,* cit., p. 244; per l'Inghilterra, Munkman, *Damages for personal injuries,* cit., p. 42 e Mc Gregor, *On damages,* cit., p. 231; per gli Stati Uniti, Malone, *Insult in relation,* in *Miss. law journ.,* 1939, p. 333 s. e Gregory e Kalven, *Cases and materials,* cit., p. 35; per il Roman Dutch Law, Maasdorp, *Delicts,* cit., p. 21). Ai secondi, che rappresentano ormai la tendenza dominante, almeno nella nostra giurisprudenza, sembra d'altra parte determinante il rilievo che la reazione proviene qui da un soggetto « agente con coscienza e volontà e versante in dolo », e che, in una concezione psicologica indeterministica, qual è quella che il diritto deve assumere, « la serie causale si arresta e si interrompe dinanzi al fatto volontario e doloso » (così Cass. 3 maggio 1958, n. 1445, in *Foro it.,* 1958, I, c. 669; vedi anche App. Trieste 12 aprile 1963, in *Foro it., Rep.,* 1965, voce « Responsabilità civile », n. 214; Trib. Trani 19 maggio 1964, *ivi,* 1965, v. cit., n. 302; App. Potenza 27 gennaio 1964, in *Corti Bari, Lecce* etc., 1964, p. 759; in dottrina Trabucchi, *In tema di concorso di colpa del danneggiato,* in *Giur. it.,* 1954, I, 2, c. 965; Scognamiglio, *Note sui limiti della c. d. compensazione di colpa,* in *Riv. dir. comm.,* 1954, II, p. 108; Favara, *Eccesso colposo di legittima difesa, fatto provocatorio e risarcimento civile,* in *Giur. compl. Cass. civ.,* 1954, p. 114; Baudana Vaccolini, *Commento,* III, 2, cit., p. 768; Distaso, *Le obbligazioni,* cit., p. 448; ancora Scognamiglio, voce *« Responsabilità civile »,* cit., p. 653; in senso analogo, Samuels, *Problems of assessing damages for defamation,* in *Law quart. rev.,* 1963, p. 63 ss., 79; Prosser, *Handbook,* cit., p. 79).

legge [23]. Ma una conclusione non diversa appare prospettabile anche in altri casi, e cioè là dove si constati l'esistenza di un trattamento di favore, riservato dal legislatore all'autore della lesione: prenda esso la forma della sottrazione di una quota di danni, che pur l'offeso è venuto a subire, dal novero di quelli che debbono essere risarciti; oppure quella della rimessione al prudente apprezzamento del giudice della fissazione di un ammontare del risarcimento da calcolarsi in via equitativa; o ancora quella dell'esclusione di una certa forma di riparazione, che pur è quella ottimale per il danneggiato, quando essa si annunci eccessivamente onerosa per il debitore.

L'alleggerimento diretto dell'obbligo, il rinvio all'indulgenza del giudice, la possibilità di sfuggire al debito più gravoso, altro non sono che corollari del principio che vuole la responsabilità contenuta entro limiti di tollerabilità e di ragionevolezza; e ben riescono a giustificarsi quando il danno sia il frutto di un errore di condotta dell'agente [24], o quando di esso si debba rispondere in base ad uno dei

---

[23] Nel codice della navigazione, troviamo il testo dell'art. 1227 cod. civ. riprodotto nell'art. 966, per disciplinare l'ipotesi del danno cagionato dall'aeromobile a persone ed a beni sulla superficie; mentre l'art. 978 si rifà quasi letteralmente all'art. 2055, per regolare il caso del danno arrecato a terzi sulla superficie in seguito allo scontro tra aeromobili in volo o fra aeromobili e una nave in movimento.

Occorre poi ricordare come le varie limitazioni del risarcimento dovuto dal vettore per le ipotesi di cui agli artt. 943, 944, 952, 971, 977 vengano meno in caso di dolo o colpa grave dell'esercente o dei suoi dipendenti e preposti.

Si vedano anche gli artt. 423, 2° comma e 431, che, per le fattispecie rispettivamente regolate, danno rilievo alla malafede e al falso.

E cfr. Cass. 23 aprile 1969, n. 1278, in *Foro it.*, 1969, *Rep.*, voce « *Noleggio* », n. 99, per quanto concerne la soppressione dinanzi al solo dolo della limitazione di cui all'art. 4, n. 5, della Convenzione di Bruxelles 25 agosto 1924, sul trasporto marittimo di merci.

[24] PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz,* cit., p. 101 (« Es soll nicht bestritten werden, dass der durch geringes Versehen Beschädigte hienach nur zufällig, nur unter besonderen Umständen eine ausreichende Entschädigung erhalten wird. Gewiss ist es hart und wird nicht völlig zu rechtfertigen sein, dass er regelmässig für einen Theil des ihm zugefügten Schadens nicht hinlänglich entschädigt wird. Aber so gewiss dies vom Standpunkte des Beschädigten zuzugeben ist, so gewiss ist er nicht der einzige, den der Gesetzgeber zu beachten hat; vielmehr darf der Letzere wohl auch erwägen, dass es nicht minder hart für den Beschädiger wäre, wenn er einen kleinen Fehl vielleicht mit seinem ganzen Vermögen bezahlen müsste »); STROHAL, in *Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Teil des ABGB,*

criteri di responsabilità oggettiva [25].

È evidente, però, che la soluzione non potrà essere la stessa dinanzi a un comportamento contrassegnato dal dolo [26]: cade, allora,

---

Wien, 1880, p. 162; M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden,* cit., p. 20 (« Nicht bloss der Ersatzpflichtige, sondern wir alle empfinden es als grosse Unbilligkeit, wenn wegen eines leichten Versehens, durch das ein Luxusgegenstand beschädigt würde, mit Hab und Gut gebüsst werden soll »); HECK, *Grundriss,* cit., pp. 54-55; Julius v. GIERKE, *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts,* in *Zeitschr. für das Ges. Handelsrecht,* 1941, p. 140 ss., 161; REINHARDT, *Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts,* cit., p. 148; Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall,* cit., p. 132 (« Je geringer die Vorwerfbarkeit ist, um so mehr wird man bestrebt sein, eine schwer tragbare Ersatzpflicht zu mildern »); Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., pp. 33-34 (« Auch wenn man das Schadensersatzrecht ausschliesslich als einen Bestandteil des bürgerlichen Rechts ansieht und ihm nur die Aufgabe zuerkennt, für einen gerechtlichen Ausgleich erlittener Vermögenseinbussen zu sorgen, lassen sich für eine solche Abstufung gewichtige Grunde anführen. In jedem Schadensfall steckt neben dem Unrecht ein Stück Unglück. Ist das Unrecht besonders gering, das Unglück besonders gross, so entspricht es nicht einer gerechten Lastenverteilung, allein auf das Unrecht zu sehen und den Schadensstifter auch mit dem Unglück allein zu belasten »); v. CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität,* cit., p. 442; LORENZ, *Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik,* in *Juristen Zeitung,* 1961, p. 433 ss., 439; ELDBACHER, *Wandel und Krise,* cit., pp. 97-98; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* cit., p. 233; KRUSE, *The foreseeability test in relation to negligence, strict liability, remoteness of damage, and insurance law,* in *Scand. stud. in law,* 1965, p. 93 ss., 120 ss.

[25] In quest'area, tuttavia, ogni generalizzazione sarebbe senz'altro inopportuna: una limitazione del carico risarcitorio, ad esempio, si giustifica ben difficilmente per le ipotesi in cui il criterio d'imputazione sia offerto dall'accentuata pericolosità, nemmeno giustificata da motivi d'interesse generale, dell'attività che è all'origine del danno (cfr. BECKER, *op. cit.*, p. 243; Hermann LANGE, *op. ult. cit.*, pp. 36-37; sostanzialmente LARENZ, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung,* cit., p. 379; nel senso del testo anche PUGLIATTI, *La limitazione della responsabilità civile,* ora in *Responsabilità civile,* II, cit., p. 77; Hans STOLL, *Die Reduktionsklausel,* cit., p. 499).

[26] BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude,* I, cit., p. 291 ss.; SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 97; KOHLER, *Die Ideale im Recht,* cit., p. 256 (« Bei fahrlässiger Beschädigung ist eine milde Behandlung des Thäters angezeigt, und dies um so mehr, je geringer die Schuld ist, welche bei der That im Spiele war. Aber bei frivoler, absichtlicher Sachbeschädigung ist eine in das Innerste des Schadens eindringende Entschädigung angemessen »); DE HAENE, *op. cit.*, p. 225 ss.; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 79, nota 68; Heinrich LANGE, *Vom alten zum neuen Schuldrecht,* cit., p. 82; BAUR, *Entwicklung und Reform,* cit., p. 50 ss.; MICHAELIS, *Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung,* cit., p. 113 ss. e p. 136 ss.; FUNK, *Handkommentar,* cit., p. 42; Max KELLER,

ogni ragione di tutela del danneggiante, e riprende sopravvento l'altro principio [27] che vuole la vittima reintegrata di tutte le perdite arrecatele dall'azione lesiva [28]. Principio tanto più saldo in materia extra-

Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Aarau, 1948, p. 290; BLEY, *op. cit.,* p. 146; DEUTSCH, *Privilegierte Haftung und Schadensfolge,* in *Neue jurist. Wochenschrift,* 1966, p. 705; ID., *Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht,* in *Juristen Zeitung,* 1968, p. 721 ss., 725; ID., *Die Zwecke des Haftungsrechts, ivi,* 1971, p. 244 ss., 245 e 248; LIVNEH, *Factors determining the amount of damages,* cit., pp. 199-200.

Sul terreno dell'inadempimento delle obbligazioni, si fa notare come l'esigenza di un più severo trattamento per il soggetto in dolo sia stata espressamente accolta, in Francia e in Italia, nella disciplina dei danni imprevedibili. Può essere interessante ricordare come Pothier, nel suo Trattato delle obbligazioni (nn. 164 e 167), avesse in effetti proposto che, nell'ipotesi di danni particolarmente estesi, al giudice andasse riconosciuto il potere di moderare il risarcimento anche oltre quel limite della prevedibilità, in caso di inadempimento colposo; e tale possibilità, sia pur in misura minore, avrebbe anzi dovuto ammettersi anche per certe ipotesi di dolo. Di questi due suggerimenti, il primo doveva venire poi accolto ed inserito nel testo dell'art. 47 del progetto del codice francese, e sarebbe infine stato abbandonato solo al momento della redazione finale

Sulla rilevanza che la giurisprudenza francese attribuisce alla *déloyauté,* anche nella *concurrence illicite,* come fattore di aggravamento della condanna, cfr. d'altro canto GENY, in *Sirey,* 1932, II, p. 3; GORPHE, *Le principe,* cit., p. 112; STARCK, *Essai d'une théorie générale,* cit., p. 446; BOCK, *Die Grenzen der Superlativreklame,* Köln, 1963, p. 117 ss.

[27] M. RÜMELIN, *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen BGB zur objektiven Schadensersatzpflicht,* Freiburg u. Leipzig, 1896, p. 5; RODIÈRE, *La responsabilité civile,* cit., p. 277; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt,* cit., pp. 392-393.

[28] Un sintomo di questa tendenza può già cogliersi nell'orientamento di quelle pronunce dei nostri giudici che, per l'ipotesi in cui il debitore sia stato dolosamente inadempiente, hanno accolto la domanda di un risarcimento non contenuto entro i limiti della clausola penale o della caparra (richiami in LUPOI, *Il dolo del debitore,* cit., p. 366 ss.; in senso conforme H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* III, cit., p. 756 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento,* cit., p. 406). Si tratta di un principio che, a dire il vero, è venuto affermandosi in termini poco uniformi e spesso contrastanti, giacché talvolta se n'è esclusa l'applicazione con riferimento all'*arrha,* talaltra se è pretesa la dimostrazione di un vero e proprio *animus lucrifaciendi* nel debitore, e altrove si è stabilito che una piena *restitutio* dinanzi al dolo possa aver luogo quando il danno ha tratto origine da fatti ulteriori rispetto all'inadempimento; non sempre, d'altro canto, risulta chiarito se esso potrebbe formalmente operare già nell'ambito della responsabilità contrattuale, o se la sua *ratio* non consista nel fatto che l'inadempimento doloso realizzerebbe un illecito aquiliano (su ciò *infra,* Cap. XI, nota 72).

contrattuale, dove il mancato richiamo da parte dell'art. 2056 cod. civ. dell'art. 1225 cod. civ., di una norma cioè che suona oggettivamente come limitativa delle ragioni dell'offeso, ha senza dubbio — ancor prima di conoscere quale margine di rilevanza quell'omissione venga a togliere effettivamente al dolo [29] — il significato di un chiaro indice della volontà del legislatore di adeguare per quanto possibile il risarcimento al pregiudizio [30].

Pur con queste incertezze, la segnalazione meritava comunque di esser fatta: anche se ci pare che la regola possa trovare una sicura applicazione soltanto là dove si riscontri un dolo specifico del debitore, è certo infatti che essa non manca di avere riflessi sullo stesso terreno della responsabilità extracontrattuale. A tal fine, non è nemmeno indispensabile mettersi dal punto di vista di chi ritiene che il dolo nell'inadempimento configurerebbe in ogni caso un torto aquiliano (sin d'ora, Van RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats,* cit., p. 124; v. pure LUPOI, *op. loc. cit.,* il quale ritiene che per diritto italiano sia però sempre necessaria la prova di un *animus nocendi* nel debitore; analogamente F. LEONE, *Nesso causale,* cit., p. 617); basta pensare più semplicemente a quelle situazioni in cui la giurisprudenza non dubita che con la responsabilità *ex contractu* possa concorrere quella fondata sull'art. 2043 (e cioè ai casi in cui l'inadempimento abbia comportato la violazione di un diritto assoluto del creditore). Nulla, infatti, impone di credere che il limite introdotto con la clausola penale debba venir meno se il danno è fatto valere in via extracontratuale (cfr. L. RIPERT, *La réparation du préjudice.* cit., pp. 74-77 e p. 97): e ne deriva che, anche in questo campo, il principio del risarcimento integrale sarebbe destinato ad affermarsi soltanto quando l'evento dannoso sia stato cagionato deliberatamente.

[29] Insiste sulla distinzione fra « ordinarietà » ex art. 1223 e « prevedibilità » ex art. 1225, GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica,* cit., p. 410; nello stesso senso anche Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., pp. 92-93 e, più recentemente, STAUDINGER, (-WERNER), *Kommentar,* cit., p. 20. Si vedano però BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno nell'art. 1225 cod. civ.,* in *Riv. dir. comm.,* 1954, II, p. 362 ss. e BIANCA, *Dell'inadempimento,* cit., p. 314 testo e nota 4; a quanto pare, ZICCARDI, *L'induzione,* cit., p. 195. Per la Francia, P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile,* cit., p. 336 e MARTY, *La relation de cause à effet,* cit., p. 153 ss. Fra i contributi meno vicini nel tempo, LITTEN, *Recensione* a Traeger, Der Kausalbegriff, cit., p. 34 (il quale sottolinea come ogni soluzione in proposito sia influenzata dal tipo di concezione — soggettiva od oggettiva — che s'intende assumere per la figura della colpa); GABBA, *Nuove questioni,* I, 2, cit., p. 222; F. LEONE, *Nesso causale,* cit., p. 579. Da ultimo, analogamente, DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 211.

[30] Cfr. L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle,* cit., p. 89 ss. e p. 181 ss.; MESSINEO, *Manuale,* cit., V, p. 631; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 28.

4. Così, in particolare, per ciò che attiene al rapporto di immediatezza che, a norma del'art. 1223 (2056) cod. civ., deve intercorrere tra il fatto e le conseguenze dannose, affinché queste ultime possano essere imputate all'agente [31].

Si prenda il caso di Tizio che, attendendo alla costruzione di una strada sulla propria collina, provoca la caduta di una frana, la quale finisce nella valle sottostante per travolgere il cavallo di Caio. Può darsi che nella morte o, più esattamente, nel valore dell'animale, si assommi tutto il pregiudizio che Caio risente, e allora non sorgono problemi: trattandosi di una conseguenza immediata e diretta, egli otterrà soddisfacimento integrale del suo danno.

[31] Fra poco si avrà modo di notare come i « danni » esemplificati nel testo corrispondano ad altrettanti « eventi » lesivi: per questo trascuriamo di chiarire la natura dell'indagine circa la riferibilità del pregiudizio all'« oggetto della volontà colpevole » (per usare l'espressione di REALMONTE, *Il problema,* cit., p. 13); quand'anche fosse esatta l'opinione di chi contesta il suo carattere eziologico, l'impostazione causalistica del testo sarebbe infatti pur sempre corretta — ed anzi, propriamente, necessaria.

Per la stessa ragione, quanto si verrà dicendo non può implicare per sé un accoglimento della tesi secondo cui, ai fini causali, una soltanto sarebbe la relazione da accertare (così, tra gli altri, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 23); e neutrale é indubbiamente anche il ricorso che verrà fatto proprio all'espressione — « conseguenza » (diretta o indiretta) — di cui si è avvalso il legislatore nell'art. 1223: tale espressione, anche se usata per il testo di una norma, non può infatti vincolare o compromettere la natura di un giudizio che dipende esclusivamente dalla sostanza intrinseca del danno (CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 323 ss.; v. anche BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht,* Stuttgart, 1964, p. 21).

Che il problema andasse posto sul terreno nominale dell'art. 1223, anche per quanto concerne i profili del danno emergente, si comprende d'altronde con facilità: a questa disposizione, oltre che all'art. 1225, suole appunto rifarsi la dottrina nel sostenere l'irrilevanza del grado di colpa sulla misura del risarcimento.

Più avanti, si riconoscerà apertamente di aver soltanto riproposto un meccanismo già illustrato a proposito dell'*an respondeatur,* ma ci preme sottolineare fin d'ora che la ripetizione era tutt'altro che superflua: non solo, infatti, il dogma dell'equivalenza nel *quantum* viene presentato d'abitudine come autonomo, ma gli stessi teorici del duplice rapporto di causalità finiscono sovente per limitare il risalto dell'*animus nocendi* — quando pure giungono ad ammetterlo — sul solo primo fronte della responsabilità.

Tutto questo, ad ogni modo, non significa che il dolo non possa anche influenzare la decisione sull'imputabilità del danno vero e proprio — inteso come contrapposto all'evento; il problema verrà però affrontato più oltre (in questo capitolo, n. 5).

Può darsi, però, che le cose stiano altrimenti: ad esempio, senza l'aiuto del cavallo, Caio non è più in grado di coltivare i propri campi, e alla fine della stagione il raccolto va perduto interamente; questa perdita, a sua volta, fa sì che Caio non riesca più a nutrire la sua mandria di bestiame, che in breve tempo finisce col perire; costretto a svendere le bestie, Caio si ritrova così senza il denaro necessario per estinguere alcune rate di un mutuo contratto in precedenza, con il risultato di venire alla fine espropriato della fattoria. Tutte queste perdite, in quanto indirette conseguenze della frana, restano fuori dall'area del risarcimento cui Tizio è tenuto a provvedere.

Ora, non si può certo incolpare la vittima, o perlomeno non sempre si può farlo, se il comportamento lesivo — anziché limitarsi a produrre riflessi negativi immediati nella sua sfera di interessi — è anche all'origine di inconvenienti indiretti e ulteriori: eppure, la soluzione è addirittura opposta secondo che si tratti dell'una o l'altra voce del danno.

Ciò si giustifica, comunemente [32], attraverso la considerazione che una conseguenza « indiretta » — come risulta dalla stessa parola — non può dirsi « causata » in senso stretto dal fatto del danneggiante. Senza il contributo decisivo di fattori propri della situazione dell'offeso, e sfuggenti peraltro ad ogni possibilità di calcolo preventivo dell'autore, essa non si sarebbe neppur verificata. Manca allora un nesso sicuro di causalità, e con esso una condizione necessaria per la nascita dell'obbligo riparatorio [33].

Così, nell'esempio prospettato, l'espropriazione non avrebbe avuto luogo se Caio non fosse stato gravato già prima di quel mu-

[32] BEALE, *Recovery for consequences of an act,* cit., pp. 87-88; POLACCO, *Le obbligazioni,* cit., p. 586; CARNELUTTI, in *Studi di diritto civile,* Roma, 1916, p. 321 (si tratta del saggio già citato, e qui ripubblicato, *Appunti sulle obbligazioni*); SIBER, *Schuldrecht,* cit., p. 39; Mc LAUGHLIN, *Proximate cause,* cit., p. 155; *Restatement of torts,* II, cit., § 433, p. 1165 ss.; BECKER, *Kommentar,* cit., p. 211; HARPER e JAMES, *The law of torts,* cit., II, p. 1132 ss.; GUHL, *Das schweizerische Obligationenrecht,* cit., p. 71; BINGHAM, *All the modern cases on negligence,* London 1961, pp. 10-11; WEITNAUER, *Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang,* cit., pp. 323-24; P. S. JAMES, *Introduction to english law,* 6ª ed., London, 1966, p. 317; MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 8; MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., p. 82; ROBB e BROOKES, *An outline,* cit., p. 188; Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 53; MUNKMAN, *Damages for personal injuries and death,* cit., p. 27 s.; ATIYAH, *Accidents,* cit., p. 129 ss.

[33] v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., pp. 74-75.

tuo: né questo era un elemento di cui Tizio, anche volendo, avrebbe mai potuto indovinare l'esistenza.

D'altra parte, si aggiunge, « indiretta » deve pure considerarsi quella conseguenza che, senza essere frutto di una concausa anormale, la quale l'abbia determinata insieme al fatto dell'agente, rappresenti però un anello lontano di una catena di eventi successivi che ha nel contegno illecito il suo punto di partenza [34]; anche cioè quando nella complessa sequenza eziologica non si siano inseriti fattori eccezionali, il dato stesso della notevole distanza causale rispetto a quell'azione, legittima la qualifica di « mediatezza », e dunque il risultato dell'irresponsabilità [35]. Ciò, si prosegue, in quanto il dovere di diligenza, che incombe sopra ciascuno dei consociati, non può intendersi spinto sino a divenire obbligo di prevedere nei più minuti dettagli gli effetti eventuali della propria condotta [36] — a meno di non voler condannare, in questo modo, qualsiasi iniziativa dell'uomo a una paralisi totale [37]. Se dunque, rispetto a certi avvenimenti possibili, il soggetto

---

[34] F. LEONE, *Nesso causale,* cit., p. 588; KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts,* cit., p. 299; DE JUGLART, *Cours de droit civil,* II, cit., p. 256.

[35] BEALE, *The proximate consequences of an act,* cit., p. 637 ss. e p. 641; SEAVEY, *Cogitations on torts,* cit., pp. 30-31; Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall,* loc. ult. cit. (« ... fordert das Rechtsgefühl, dass derjenige, dem nur ein geringer Vorwurf zu machen ist, nur für näherliegende Schäden haften muss »); FRIDMAN, *Modern tort cases,* cit., p. 60 ss.

[36] Cfr. POLLOCK, *Jurisprudence and legal essays,* a cura di A. L. Goodhart, London, 1963, p. 92; TERRY, *Proximate consequences of an act,* in *Harv. law rev.,* 1914, p. 10 ss., 18 s.; P. ESMEIN, *Trois problèmes,* cit., p. 326; ID., in AUBRY e RAU, *Droit civil français,* VI, cit., p. 508; SEAVEY, *Mr. Justice Cardozo,* cit., p. 372 ss.; DELYANNIS, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle,* Paris, 1952, p. 291 ss.; Glanville WILLIAMS, *The risk principle,* cit., pp. 198-200; Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 11; PAYNE, *Foresight and remoteness,* cit., pp. 16-17; Hans STOLL, « *The Wagon Mound* », cit., p. 379; PROSSER, *op. cit.,* p. 303; SCOTT, *Casebook on torts,* cit., p. 123; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 170; ROUTAMO, *What constitutes a traffic accident? The finnish approach to some definition problems,* in *Scand. stud. in law,* 1970, p. 149 ss., 159; ancora PAYNE, *The ' direct ' consequences,* cit., p. 193.

[37] CARNELUTTI, *Il danno e il reato,* cit., p. 38; *Restatement of torts,* II, cit., § 292, comment *a,* p. 789; STARCK, *Essai,* cit., p. 43 e p. 408; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica,* cit., p. 407; WELZEL, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100. Jahre und die finale Handlungslehre,* in *Jurist. Schul.,* 1966, p. 421 ss., 424; ancora DIAS, *op. ult. cit.,* p. 500; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 118; WINFIELD e JOLOWICZ, *On tort,* cit., p. 88 ss.

è liberato *ab initio* da un onere di attenzione, non è evidentemente lecito fargli carico di una responsabilità nel caso in cui li abbia in seguito prodotti; tanto vale, quindi, dichiarare già a monte, e cioè nel testo di una norma, che essi rimangono fuori dall'ambito di ciò che è dovuto.

Così, per tornare al nostro caso, neppure la perdita del raccolto o la morte della mandria si debbono addossare a Tizio, giacché la minaccia di dover risarcire inconvenienti così lontani — e sulla cui origine non rimane d'altronde indifferente l'impossibilità economica di Caio di procurarsi tempestivamente un altro cavallo — finirebbe per lasciare, al limite, tutte le colline senza strade.

Orbene, non sembra che questi argomenti, quale che sia il loro pregio e il loro merito, possano valere anche nel caso di un torto arrecato con dolo.

Non il primo, certamente, se si riconosce [38] l'esattezza di quanto eravamo venuti osservando prima, a proposito dell'*an respondeatur*: ossia se si ammette che anche un evento di carattere insolito — tale per essersi cioè verificato a seguito di circostanze imprevedibili, ulteriori rispetto alla condotta iniziale — debba ritenersi « causato » dall'agente, e porsi a suo carico, allorché risulti che questi aveva potuto in realtà sapere o prevedere l'esistenza di quelle circostanze, scontandone la futura incidenza dannosa al momento di entrare in azione [39].

---

[38] Non lo riconosce CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito,* cit., p. 95, affermando che nel nostro ordinamento la sola regola di condotta sarebbe quella fissata dall'art. 1176 cod. civ. (diligenza del buon padre di famiglia). È agevole replicare rinviando alle norme che pongono invece regole diverse. Del resto, la concezione dell'autore qui richiamato, il quale afferma l'irrilevanza delle cognizioni particolari dell'agente o della vittima, pare inesatta anche sul terreno della colpa: cfr. PROSSER, *Handbook of the law of torts,* cit., p. 164 ss.; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 111; GIUSIANA, *Il concetto,* cit., pp. 244-245; SEAVEY, *Negligence - Subjective or objective,* in *Harv. law rev.,* 1927, p. 1 ss., specialmente p. 13; PAYNE, *The tort of negligence,* in *Curr. leg. probl.,* 1953, p. 236 ss., 247; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 203 ss.; ALFF, *op. cit.,* Vor § 249, 14; fra i contributi meno recenti, v. LISZT, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht,* Berlin, 1889, p. 16; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 33; TRAEGER, *Der Kausalbegriff,* cit., p. 161; e soprattutto LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit,* in *Festgaben L. Enneccerus,* Marburg, 1913, pp. 17-19. Sulla questione, ad ogni modo, v. *infra,* Cap. X, nota 136.

[39] AMES, *How far an act may be a tort because of the wrongful motive of the actor,* in *Harv. law rev.,* 1904-05, p. 411 ss., 421; LIEPMANN, *Einleitung*

Non il secondo, d'altra parte, visto che il presupposto su cui esso si fonda, e che è quello di un'attività da incoraggiare, di una libertà di movimento da favorire, viene a mancare del tutto nel caso in cui quell'attività e libertà siano esercitate allo scopo di nuocere agli altri [40].

Né va sopravvalutato il disagio di andare, in questo modo, con-

---

in das Strafrecht, cit., p. 72 ss.; GABBA, *Nuove questioni*, I, 2, cit., p. 220 e pp. 231-32; EDGERTON, *Legal cause*, in *Univ. of Pennsylvania law rev.*, 1924, p. 343 ss., 358; MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 5; MARTEAU, *De la notion*, cit., p. 108; RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, rist., Berlin, I, 1964 (orig. 1936), p. 507; GAUDEMET, *Théorie générale*, cit., p. 322; MÖLLER, *Summen- und Einzelschaden*, cit., p. 28; Glanville WILLIAMS, *The risk principle*, cit., p. 200 ss.; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 432 e p. 485; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., p. 407; Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall*, cit., p. 132; v. CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität*, cit., p. 442; ROBB e BROOKES, *An outline*, cit., p. 245; CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes*, cit., p. 93; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 337; P. S. JAMES, *Introduction*, cit., p. 363; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 200; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 600.

[40] WALTON, *Motive as an element in torts in the common and in the civil law*, in *Harv. law rev.*, 1908-09, p. 501 ss.; MIŘIČKA, *Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung*, Berlin, 1903, p. 153; MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 38; POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 33; DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit., 1, III, p. 473; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 452, nota 1; *Restatement of torts*, IV, cit., § 916; DEGNI, *Sul nesso causale*, cit., p. 154; CRICK, *L'élément « degré de la faute »*, cit., p. 16; HUBMANN, *Grundsätze der Interessenabwägung*, in *Arch. civ. Praxis*, 1956, p. 85 ss., 115 s.; EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., p. 199 (il quale indica appunto, come fattori decisivi del giudizio di causalità, « 1) Die Grösse der Verletzungsmöglichkeit, 2) die Grösse der möglichen Verletzung, 3) der Zweck, den die zu beurteilende Handlung verfolgt »); BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung*, cit., p. 58; DEUTSCH, *Privilegierte Haftung*, cit., p. 706; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 86-87; ERMAN (-DREES), *Handkommentar*, cit., p. 1751; WINFIELD e JOLOWICZ, *On tort*, cit., p. 102. V. anche PROSSER, *Injurious falsehood: the basis of liability*, in *Col. law rev.*, 1959, p. 425 ss., 437-438; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 13; Hans STOLL, *Die Reduktionsklausel*, cit., p. 497.

Assai frequente, presso gli scrittori di *common law*, è il richiamo al caso *Quinn* v. *Leathem* (1901) — per tutti, HART e HONORÉ, *Causation in the law*, cit., p. 160, nota 2 — in cui il giudice Lord Lindley doveva pronunciare le famose parole: « The intention to injure the plaintiff... disposes of any question as to remoteness of damage » (in particolare, si era trattato della minaccia di far scoppiare uno sciopero fra i dipendenti del cliente di un macellaio, minaccia che il convenuto aveva fatto per indurre quel cliente a rompere i rapporti con il macellaio stesso).

tro l'indicazione contenuta espressamente nell'art. 1223 cod. civ. [41]. A parte ogni considerazione sul carattere empirico, e non certo « razionale », proprio del criterio dell'immediatezza [42], basta por mente all'infinità dei fenomeni, necessariamente assai diversi tra loro, che questa norma è chiamata a regolare, per convincersi come a quel limite sia doveroso guardare con una libertà critica maggiore del consueto [43]. Ciò che è attestato, del resto, ancor prima che da una rassegna dei poco persuasivi risultati cui condurrebbe una sua rigida

---

[41] È appena il caso di chiarire come tale precisazione riguardi esclusivamente chi vede nell'art. 1223 la norma fondamentale sulla causalità, non già i fautori dell'opposta concezione; con essa, infatti, è facile concludere che il limite posto da questa disposizione, attenendo a una fase del giudizio distinta da quella cui rimanda l'esempio del testo, non può creare alcun ostacolo all'affermata rilevanza del dolo (lo scoglio verrebbe semmai dall'art. 2043: ma su ciò *infra*, Cap. X, n. 3 ss.).

[42] Cfr. CARNELUTTI, *Studi di diritto civile*, cit., p. 323 ss.

[43] Se l'autore è fatto responsabile, vuol dire che la conseguenza era diretta, se invece è assolto, allora la conseguenza era indiretta. Non è ormai raro trovare affermazioni del genere presso gli scrittori di *common law*. Per uno specchio delle più recenti posizioni intorno al significato di « *proximate cause* », DRESTLER, *Haftungsbegrenzung im anglo-amerikanischen Negligence-Recht*, Hamburg, 1967, p. 24. Sulla « confusione suprema » dopo che in *The Wagon Mound* n. 2 sono stati rettificati i criteri di *The Wagon Mound* n. 1, WRIGHT, *Cases on the law of torts*, cit., p. 379 (ove a p. 399 anche il testo della decisione di *Re Polemis*). V. anche MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 336, testo e nota 681; SEAVEY, *Cogitations on torts*, cit., p. 32; HART e HONORÉ, *Causation in the law*, cit., 165; GOODHART, *The brief life story of the direct consequence rule in english tort law*, in *Virg. law rev.*, 1967, p. 857 ss., 867 s.; P. S. JAMES, *Foresight at sea*, in *Journ. of busin. law*, 1968, p. 303 ss., 306 ss.

La critica alla distinzione fra danni diretti e indiretti si è sviluppata con particolare asprezza in Germania, i cui studiosi vedono nel mancato accoglimento del binomio da parte del loro legislatore uno dei motivi di maggior merito del BGB rispetto ai codici d'ispirazione francese (così già CROME, *System*, I, cit., p. 478, nota 12; OERTMANN, *op. cit.*, p. 34; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, II, 1, cit., p. 74; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 78, nota 63; HECK, *Grundriss*, cit., p. 39; successivamente, Rudolf SCHMIDT, *Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität*, in *Arch. civ. Praxis*, 1952-53, p. 112 ss., 120 s.; NIEDERLÄNDER, *Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen*, cit., pp. 78-79; Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall*, cit., p. 121 s.; v. CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs*, cit., p. 400; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 603; da ultimi, AMTMANN, *Vereinbarte Ausschliesslichkeitsrechte als « sonstige Rechte » im Sinne von § 823 Abs. I BGB. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom « sonstigen Recht »*, München, 1965, p. 56 ss.; STAUDINGER-WERNER, *op. cit.*, p. 11; ESSER, *Fälle und Lösungen zum Schuldrecht*, Karlsruhe, 1963, p. 133; ID., *Schuldrecht*, I, cit., p. 271 s. e p. 300).

applicazione, dalla disinvoltura con cui la stessa giurisprudenza è solita utilizzare quei concetti [44].

Si può quindi ritenere che anche la conseguenza « indiretta »

Il dibattito — come mostrano i titoli stessi dei contributi ricordati — si è riacceso di recente sul terreno della causalità ipotetica, in seguito alla proposta, partita da COING (in *SJZ,* 1950, p. 865 ss.), e ripresa da LARENZ (*Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs,* in *VersR,* 1963, p. 1 ss., 7), di utilizzare quella distinzione per risolvere i problemi della *überholende Kausalität*; a critiche minori è invece andato incontro un successivo tentativo di lettura, secondo cui occorrerebbe distinguere, all'interno della causalità ipotetica, tra eventi diretti e indiretti, chiamando senz'altro l'agente a rispondere in ogni caso dei primi, e liberandolo invece rispetto alle conseguenze mediate nell'ipotesi in cui il suo comportamento non sia stato doloso (richiami *infra,* nota 59).

[44] Il procedimento seguito abitualmente dai nostri giudici consiste nell'affermare, innanzi tutto, che debbano essere risarciti tutti i danni rapportabili al fatto secondo i criteri della causalità « ordinaria », « normale », « necessaria » o « regolare »; nel dedurne, subito dopo, la riparabilità degli stessi danni mediati e indiretti che possano farsi rientrare in una di tali categorie: per concludere, di regola, nel senso della risarcibilità dei danni oggetto della disputa per il caso di specie. Cfr., tra le pronunce più recenti, App. Milano 20 giugno 1972, in *Foro pad.,* 1972, I, c. 696 ss.; Cass. 24 febbraio 1970, n. 432, in *Giur. it., Rep.,* 1970, voce « *Responsabilità civile* », n. 25, p. 3265; Cass. 24 novembre 1969, n. 3817, *ivi,* 1969, v. cit., n. 243, p. 3920; Cass. 28 maggio 1969, n. 1891, *ivi,* 1969, v. cit., n. 238, p. 3919; Cass. 14 dicembre 1968, n. 3977, *ivi,* 1969, v. cit., n. 19, p. 3892; Cass. 11 giugno 1968, n. 1854, *ivi,* 1968, v. cit., n. 225, p. 3365; Cass. 12 febbraio 1968, n. 471, *ivi,* 1968, v. cit., 1968, n. 46, p. 3343; Cass. 3 ottobre 1966, n. 2403, *ivi,* 1966, v. cit., n. 29, p. 3513. In dottrina, la conclusione che l'art. 1223 non debba esser preso alla lettera è tanto diffusa da rendere superflua ogni citazione. Si vedano comunque FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 34 ss.; ID., *Il danno morale al bivio,* in *Riv. dir. civ.,* 1973, p. 330 ss., 331; BARBERO, *Sistema,* cit., II, p. 65; DISTASO, *Le obbligazioni,* cit., p. 408; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 13; BIANCA, *Dell'inadempimento,* cit., p. 230; TRIMARCHI, *Causalità e danno,* cit., p. 20; CIAN, *Recensione* a Tucci, Il danno ingiusto, (cit.), in *Riv. dir. civ.,* 1972, I, p. 98 ss., 103. Uguale concordia, sotto il vecchio codice, in relazione all'art. 1229: cfr. FORMICA, voce « *Danno* », in *Diz. prat. dir. priv.,* Milano, II, p. 554; DEGNI, *Sul nesso causale,* cit., p. 155; GABBA, *Nuove questioni,* I, 2, cit., p. 237; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato,* cit., p. 59, nota 1. In Francia, analogamente, MARTEAU, *De la notion de la causalité,* cit., p. 217; MARTY, *La relation de cause à effet,* cit., p. 703; CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée,* cit., p. 428; per questo paese si è anzi osservato — ma il rilievo può valere anche per il nostro — che « die Rechtsprechung hat diese Begriffe ihres ursprünglichen Wortsinns entkleidet und bezeichnet vor allem den normalweise zu erwartenden Schaden als direkten, den aussergewöhnlichen als indirekten Schaden » (Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 29; v. pure Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall,* cit., p. 122).

smarrisca il connotato di giuridicamente indifferente dinanzi alla condotta dolosa dell'autore [45]. E ciò, come s'è detto, in entrambi i suoi significati possibili: in quanto « anomala », perché la consapevolezza ch'essa si sarebbe prodotta vale a rendere estrinseco, e quindi a eliminare, quel carattere di apparente mediatezza; in quanto « lontana », perché con l'abbassamento, che si determina nel caso di dolo, del livello di rischio che ad ognuno è consentito creare, essa viene recuperata nei confini di una responsabilità che, almeno tendenzialmente, si riespande a coprire ormai l'intero ambito del danno [46].

Tutto ciò non vuol dire che nell'ipotesi di dolo sia automatico

---

[45] Contra DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 250, nota 139, che si limita peraltro a un generico richiamo dell'art. 1223. Si vedano invece gli autori citati *retro,* Cap. I, nella seconda parte della nota 4, ai quali possiamo aggiungere TERRY, *Proximate consequences,* cit., p. 17; *Derosier* v. *New England Telephone & Telegraph Co.,* (1925), in Mc CORMICK, *Handbook of the law of damages,* cit., p. 264, nota 7 (« ... for an intended injury the law is astute to discover even very remote causation. For one which the defendant merely ought to have anticipated it has often stopped at an earlier stage of the investigation of causal connection. And as to those where there was neither knowledge nor duty to foresee, it has usually limited accountability to direct and immediate results »); BICHOT, *L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui devant la jurisprudence contemporaine,* Paris, 1933, p. 66; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale,* cit., p. 236; App. Torino, 9 aprile 1937, in LUPOI, *Il dolo del debitore,* cit., p. 348, nota 124; BECKER, *Kommentar,* VI, *Obligationenrecht,* 1, cit., p. 234, Bem. 119; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 67 (« Wenn aber der erste Umstand für das Eingreifen des zweiten irgendwie bedingend war, ist zu prüfen, ob jener nach seiner allgemeinen Natur für die Auslösung dieses ganz indifferent war oder nicht... letzerenfalls ist mittelbare juristische Kausalität gegeben »); Hermann LANGE, *Zum Problem der überholenden Kausalität,* in *Arch. civ. Praxis,* 1952-53, p. 153 ss., 168; MARTON, *Versuch,* cit., p. 60; P. S. JAMES, *Introduction,* cit., p. 363; NEUMANN-DUESBERG, *Korrektur des Unmittelbarkeitsbegriffs beim Eingriff in den Gewerbebetrieb* (*§ 823 BGB*), in *Neue jurist. Wochenscrift,* 1968, p. 1990 ss., 1991.

[46] GREEN, *Rationale of proximate cause,* cit., p. 170 ss.; Mc CORMICK, *Law of damages,* cit., p. 264; *Restatement of torts,* IV, cit., § 916; RUTSAERT, *Le fondement,* cit., p. 88 s.; GIUSIANA, *Il concetto,* cit., p. 84; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations,* 1, cit., p. 736; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung,* cit., pp. 80-81; Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall,* loc. ult. cit. (« Je näher die Kenntniss an die Höhe des Schadens heranreicht, um so mehr wird man den Handelnden auch für einen ungewöhnlich hohen oder abgelegenen Schaden haften lassen »).

il risultato di una perfetta uguaglianza fra i due termini (e in tal senso, l'antico rilievo di Pothier [47] può considerarsi attuale ancor oggi): posta infatti una certa serie di conseguenze indirette — ognuna delle quali effetto di quella precedente, e causa a sua volta di quella successiva — si tratterà pur sempre di stabilire ogni volta quali di esse possano imputarsi all'agente sulla base del solo meccanismo sanzionatorio, indipendentemente cioè dal fatto che vi sia stato a loro riguardo un preciso calcolo iniziale dell'autore, e quali invece richiedano a tal fine di essere state specificatamente desiderate e previste in partenza [48].

Così, nel nostro caso, non sarà quasi certamente possibile far carico a Tizio dell'espropriazione subita da Caio, anche se la frana sia stata da lui provocata artatamente, quando non sia certo che Tizio — conoscendo l'esistenza del mutuo e lo stato di indigenza di Caio — sapesse che la morte del cavallo avrebbe posto il suo proprietario nell'impossibilità finale di far fronte a quella scadenza [49].

[47] *Trattato delle obbligazioni,* cit., n. 167. Sui debiti di Pothier verso Molineo, in relazione a questo punto, esiste una letteratura vastissima: basterà qui un rinvio a SCRIBANO, *Trattato della malafede,* cit., p. 352 ss., a REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità,* cit., p. 199 ss., e soprattutto a LUPOI, *Il dolo del debitore,* cit., in tutta la prima parte dell'opera.

[48] *Restatement of torts,* cit., IV, § 915, p. 593; BOHLEN, *Fifty years of torts,* in *Harv. law rev.,* 1937, p. 1225 ss., 1233; v. CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs,* cit., pp. 403-04; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 119; Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 81; JAMES, *Contributory negligence,* cit., p. 709.

Dal punto di vista della legittimazione attiva, e cioè sui criteri in base ai quali circoscrivere la cerchia dei danneggiati ammessi ad agire contro l'autore del fatto doloso, Manfred WOLF, *Der Ersatzberechtigte bei Tatbeständen sittenwidriger Schädigung,* in *Neue jurist. Wochenschrift,* 1967, p. 709 ss.

[49] La ragione di ciò, si suol dire generalmente, è che quanto più ci si allontana dall'evento primo, tanto più si attenua il carattere di *condicio sine qua non* del fattore causale in esame, e sempre più debole diventa la certezza che senza di esso non si sarebbero prodotti quegli eventi ulteriori: così appunto F. LEONE, *Nesso causale,* cit., p. 591; in senso analogo ENDEMANN, *Lehrbuch,* I, cit., p. 741 (« ... je weiter die Schadenwirkungen ausstrahlen, um so strengere Anforderungen sind an den Nachweis ihrer Abhängigkeit von der Handlung des Schädigers als der juristisch entscheidenden Ursache zu stellen »); *Restatement of torts,* II, cit., § 433, p. 1167 e p. 1170; IV, cit., § 870, comment *e,* per il quale chi abbia ucciso anche dolosamente un soggetto che si apprestava a fare un ritratto o una donazione a un terzo, non sarà responsabile verso quest'ultimo se non quando sia accertato che proprio la produzione di quel danno a questo terzo è stato l'obiettivo dell'omicidio; HONSELL, *Bereicherungsanspruch und Schadensersatzrecht bei arglistiger Täuschung,* cit., p. 353; si veda anche SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 13.

Ciò che può considerarsi sicuro, ad ogni modo — e appunto questa diversità di trattamento fra la colpa e una dose anche minima di dolo, più che non la variazione tra effetti maggiori o minori all'interno del dolo [50], interessa mettere qui in luce — è che se Tizio ha fatto cadere i sassi per errore, la sua responsabilità sarà contenuta entro i limiti delle prime conseguenze dannose di quell'evento, e cioè la morte del cavallo, che appare come il solo risultato immediato del suo gesto; mentre, nel caso in cui il suo scopo fosse proprio quello di uccidere il cavallo, gli si dovrà mettere in conto anche la perdita del raccolto di stagione, se non proprio il successivo perimento della mandria; né la circostanza che si tratti di perdite cui un agricoltore meno indigente sarebbe stato in condizione di sottrarsi [51] basterà questa volta a risparmiargli simile aggravio.

Poiché già in caso di colpa Tizio sarebbe tenuto per la morte

[50] Si può pensare in prima istanza ai casi in cui l'evento-primo è stato voluto, ma per la sua eccezionalità non poteva essere previsto, o a quelli in cui esso è bensì stato rappresentato ed era obiettivamente probabile, e non è stato però voluto in modo diretto (ad esempio, dolo eventuale); oppure alle ipotesi in cui gli eventi ulteriori sono stati calcolati ma non « desiderati », o in cui tali conseguenze mediate non erano anticipabili alla stregua delle cognizioni dell'agente, pur essendo rientrate nelle sue speranze. Verranno in rilievo poi le situazioni nelle quali è il danno ad essere rimasto estraneo alla concreta volizione, pur essendo stati intenzionali o positivamente valutati dall'agente i singoli eventi; e in generale quelle in cui l'evento, oppure il danno subito dal terzo, non abbia costituito l'oggetto esclusivo della determinazione del convenuto, ma appaia come un elemento collaterale, e soltanto accettato, di un disegno concepito per scopi diversi. O ancora, le figure in cui, anche da un punto di vista « esterno », i motivi che hanno ispirato l'autore dell'illecito appaiano scarsamente riprovevoli, come può essere per taluni scherzi (o giochi di società, penitenze di scommesse, complimenti non autorizzati, oppure iniziative gestorie); nonché quei comportamenti che, pur mirando alla produzione di un danno, siano in qualche modo meritevoli, o almeno non ingiustificabili ad una valutazione improntata al riguardo per il piano e per la situazione particolare dell'autore.

[51] Sul rilievo di quest'elemento, in generale, SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 97; BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude,* cit., I, p. 301; CANDICE, *La compensazione delle colpe,* cit., p. 74; POLACCO, *Le obbligazioni,* cit., p. 586; SCRIBANO, *Trattato della malafede,* cit., p. 360; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 352; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 410; Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 51 e p. 109; CROME, *Teorie fondamentali,* cit., p. 98, nota 24. Si vedano, peraltro, le considerazioni di CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato,* cit., p. 512 s.

del cavallo, poiché cioè il quesito dell'*an respondeatur* riceverebbe anche in tal caso una risposta affermativa, si giustifica un riscontro dei maggiori riflessi determinati dal dolo sotto la voce del *quantum respondeatur* [52]: ciò che ha però — ed è bene rilevarlo — un significato puramente formale [53], visto che lo strumento che consente di giungere a quel risultato è lo stesso della causalità di cui ci si era già avvalsi per l'*an respondeatur* [54].

---

[52] Cfr. *Restatement of torts,* IV, cit., §§ 915 e 916.

[53] ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 268 (« Überdies liegt die Verpflichtung zum Schadensersatz bereits auf die Rechtsfolgeseite, während die Entscheidung darüber, ob nur bei einem bestimmten Verschuldensgrad gehaftet werden soll und in welcher Weise, systematisch richtig im Bereich der Haftungsbegründung zu treffen ist »).

[54] Per chi segue la teoria del duplice rapporto di causalità (v. *retro,* cap. II, nota 52), il confine tra *an* e *quantum respondeatur* sarà quello che divide il momento in cui si è stabilito qual è l'ultimo degli eventi dannosi imputabile alla condotta lesiva, dal momento in cui inizia il calcolo dei danni che possono ritenersi « cagionati » da tali eventi. La diversità fra il trattamento riservato all'agente in caso di dolo, quando l'imputazione comprende gli eventi *a, b, c, d,* e quello possibile nell'ipotesi di colpa, in cui (poniamo) soltanto gli eventi *a* e *b* sarebbero stati imputati, verrà dunque presentata come l'effetto di una decisione già assunta nella prima fase del giudizio.

È opportuno peraltro precisare come la terminologia in questione non solo preceda cronologicamente l'avvento di tale teoria, i cui seguaci neppur mostrano di avvalersene, ma venga anche adoperata in contesti diversi dalla causalità, e in un significato comunque differente da quello appena accennato: normalmente per l'ipotesi in cui è ormai sicuro che l'autore dovrà rispondere del suo atto illecito, mentre è ancora incerto di quanti eventi e di quali pregiudizi egli sarà chiamato a render conto.

Le due prospettive coincidono solo apparentemente. Se Tizio, ad esempio, viene condannato per un reato da cui sia derivato anche un danno, per la cui quantificazione si è ritenuto di dover però rinviare a un giudizio civile, si userà dire che il problema dell'*an respondeatur* ha già ottenuto soluzione affermativa: sottintendendo che il giudice civile debba ormai applicare le sole norme che disciplinano il calcolo del risarcimento. Ma in realtà, ove dal reato siano derivati eventi dannosi ulteriori, penalmente irrilevanti, e rimasti perciò indefiniti nel giudizio penale, il giudice civile dovrà decidere della loro imputazione utilizzando proprio quei criteri in base ai quali, con la teoria del duplice rapporto di causalità, avviene la ricostruzione del « fatto »: non cioè soltanto in applicazione delle norme richiamate dall'art. 2056 cod. civ.

È in questo senso, più generico, ma usuale, che le espressioni *an* e *quantum* dovevano assumersi, e sono state anche adoperate nel testo; ed è per ciò che la discussione sull'imputabilità delle conseguenze mediate e indirette è stata svolta sul secondo terreno: era importante porre in chiaro, proprio seguendo l'accezione corrente, che dietro due risposte positive al quesito del-

5. Conclusioni analoghe appaiono possibili per quello che, seppur non manca di una propria disciplina positiva, altro non è, a ben vedere, se non un tipo particolare di conseguenza indiretta [55], vale a dire per il lucro cessante [56].

Si pensi al caso di Tizio che, investendo con la propria l'auto-

---

l'*an respondeatur,* offerte indifferentemente per il dolo e per la colpa, il primo criterio può distinguersi dal secondo nell'importare un maggior carico risarcitorio per l'autore del danno.

[55] Cfr., in tal senso, la già citata sentenza della Cassazione 3 maggio 1958, n. 1445, in *Foro it.,* 1958, I, c. 669. In dottrina DERNBURG, *Das burgerliche Recht,* II, 2, cit., p. 770; KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts,* cit., p. 281; GABBA, *Nuove questioni,* I, 2, cit., p. 228. Recentemente OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* cit., p. 46; BARBERO, *Sistema,* II, cit., p. 65; STAUDINGER (-WERNER), *Kommentar,* II, 1, c, cit., p. 11; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *Kommentar,* II, cit., §§ 249-253, Bem. 9, p. 156.

[56] A rigore, il meccanismo in base al quale il dolo esprime qui la propria « forza attrattiva » (per riprendere il linguaggio di MAIORCA, « *Colpa civile* », cit., p. 568), non potrebbe dirsi formalmente lo stesso cui si è fatto riferimento nel discorso sulle conseguenze indirette: ciò, almeno, dal punto di vista di certi seguaci della teoria del duplice rapporto di causalità, ossia di quelli che pongono come netta e insuperabile la distinzione fra danni ed eventi; non v'è dubbio infatti che, accettando tale contrapposizione, lucro cessante e danno emergente debbano esser fatti rientrare fra i danni in senso stretto.

Quale che sia la concezione da preferirsi, non sembra ad ogni modo contestabile la sostanziale affinità tra i motivi dai quali siamo stati spinti sopra, e le ragioni da cui verremo indotti adesso, ad ammettere la possibilità di un risalto autonomo dell'*animus nocendi*: se non di identità vera e propria, dunque, si dovrà almeno parlare di analogia o di somiglianza, così come è stato fatto nel testo.

Ove si volesse sostenere che il riconoscimento di tale risalto è stato legittimo nella prima ipotesi, dove gli strumenti causali erano i criteri di responsabilità, e non è invece consentito in questa sede, perché il parametro sarebbe ora quello letterale di cui all'art. 1223, la conclusione che si verrà prospettando — per il lucro cessante e per il danno emergente incerto — sarebbe dunque doppiamente minoritaria: essa, infatti, contrasterebbe non soltanto con chi, ritenendo che l'art. 1223 si applichi al danno inteso nel senso di « evento » dell'illecito, escluda che nei confronti del lucro cessante l'art. 1223 consenta di distinguere secondo le modalità soggettive dell'azione; ma anche con coloro i quali, ritenendo che l'art. 1223 non abbia natura causale, neghino che, nella fase del giudizio in cui esso si applica, il dolo possa avere qualche influsso.

Si veda però fin d'ora BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni,* cit., pp. 228-229, nota 9, il quale osserva come nell'art. 1223 trovi « espressione lo stesso principio causale: ora applicabile in funzione dell'imputazione causale dell'evento..., ora in funzione d'individuazione del danno risarcibile ». E cfr. nota 59.

mobile di Caio, impedisce a quest'ultimo di trattare con Sempronio un affare che prometteva a Caio stesso guadagni assai incerti, ma di natura forse eccezionale. Ciascuno avverte come la risposta in ordine al contenuto della responsabilità di Tizio non possa restare indifferente al fatto che costui abbia agito in quel modo per imprudenza, oppure di proposito; nel senso che, fermo restando il risarcimento del danno emergente, quello del lucro cessante, calcolabile solo in via approssimativa [57], dovrà essere maggiore nel secondo che non nel primo caso [58]. Questa volta, anzi, non v'è neppure la difficoltà del cercare la via per puntellare quell'intuizione sul terreno normativo, e darle il crisma della *regula iuris*: ogni sforzo al proposito viene risparmiato dall'evidenza con cui l'art. 2056 cod. civ., 2° comma, invita il giudice, ai fini dell'equo [59] apprezzamento, a tener conto delle « circostanze del caso »; non v'è infatti ragione di pensare che fra tali circostanze non debba avere un posto preminente proprio la considerazione dell'elemento soggettivo della condotta [60].

[57] L'orientamento della nostra Cassazione, com'è noto, è nel senso di vietare il ricorso all'equo apprezzamento solamente nel caso in cui esista in causa la prova sicura dell'ammontare esatto del lucro cessante: questa, del resto, è la lettera dell'art. 1226, che l'art. 2056 richiama espressamente. Si veda anche ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato,* cit., p. 186.

[58] Così, fugacemente, ancora BIANCA, *op. cit.,* p. 322, nota 3.

[59] Sull'equità di cui agli artt. 1226 e 2056 come giudizio di valore e non di conoscenza, DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile,* Padova, 1959, p. 272, con riferimento proprio alla giurisprudenza. Parzialmente anche DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato,* in *Riv. dir. civ.,* 1971, I, p. 647, nota 28; ID., *Problemi e tendenze attuali,* cit., p. 102. Per qualche rilievo generale, CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1955, p. 252 ss.; ID., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità,* in *Opere giuridiche,* III, Napoli, 1968, p. 25 ss.; F. LEONE, *Nesso causale tra colpa e danno,* cit., p. 602; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità,* cit., p. 169.

[60] Non diversa la conclusione nel caso del danno emergente incerto. A distrugge l'oggetto d'arte che C aveva promesso di acquistare a B; quest'ultimo riesce a dimostrare che C era disposto a pagargli un prezzo notevolmente più alto del valore di mercato (valore che non può certamente essere vincolante per il giudice: cfr. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* II, cit., p. 338), ma non è in grado di provare esattamente l'entità di questa cifra. Anche qui, nel provvedere alla valutazione equitativa (art. 1226), non si potrà prescindere dal fatto che A abbia agito in odio a B, oppure per mera negligenza (DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, IV, cit., p. 24; HARPER e JAMES, *The law of torts,* II, cit., p. 1300; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité,* II, cit., p. 357).

Nel senso che il rilievo della gravità della colpa debba influire sulla valutazione della sufficienza della prova circa l'entità del danno, DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht,* II, 1, cit., p. 80 (« Auch entfernter und mittelbarer Schaden ist demzufolge zuzusprechen, auch wenn er nicht bewiesen ist, nicht beweisbar wäre. Dies ist vor allem billig, wenn dem Schädiger absichtliche Rechtsverletzung zur Last fällt. Denn durch seinen Dolus wurde der andere Teil in die Lage versetzt, erst streiten, klagen, beweisen zu müssen, während er sonst das Gut, um das es sich handelt, unverletzt besätze. Dies kann der Richter nur dadurch ausgleichen, dass er zweifelhafte Fragen möglichst zugunsten des dolos Verletzten löst. Wo aber der Schädiger nur in leichter Schuld oder ohne jede Schuld war, da wird der Richter oft Bedenken tragen müssen, ihm entfernte Schäden zur Last zu legen, sofern es zweifelhaft sein muss, ob sie Folgen seiner Tat sind. Hier wird er sagen müssen: *in dubio pro reo* »); MARTEAU, *De la notion,* cit., p. 246; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 79, nota 68; BAUER, *The degree of moral fault,* cit., pp. 592-596; HECK, *Grundriss,* cit., p. 55; HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 1306 (per il caso in cui sia la colpa dell'agente ad aver determinato la difficoltà della prova); v. CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität,* cit., p. 442; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 30. Con specifico riferimento al dolo, sul terreno del § 826 BGB, BLOMEYER, *Die Umkehr der Beweislast,* in *Arch. civ. Praxis,* 1959-60, p. 97 ss., 101, testo e nota 25.

Per la decisività di tale considerazione nelle ipotesi in cui non sia certo se l'evento è stato determinato proprio dal fatto del convenuto, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung,* cit., p. 82 s.; ID., *Mittäterschaft im Schadensrecht,* cit., p. 425 s. e pp. 429-430; TRIMARCHI, *Causalità e danno,* cit., p. 13; si vedano inoltre F. LEONE, *Nesso causale,* cit., p. 589; W. WUSSOW, *Systematik des Haftpflichtrechts,* cit., p. 53; ABERKANE, *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1958, p. 548; OFTINGER, *op. cit.,* pp. 105-106; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 42; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit,* cit., p. 132 ss.; significativi anche gli esempi di v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 79.

Con riguardo alla causalità alternativa ipotetica, già LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 143 e HECK, *Grundriss des Schuldrechts,* cit., p. 55; successivamente KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität,* Göttingen, 1954, *passim* e Hermann LANGE, *Zum Problem der überholenden Kausalität,* cit., specialmente pp. 162-164 e 166 s.; ID., *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 31 (ove si osserva che « das hypothetische Ereignis ist in mehreren Entscheidungen, denen ein gravierendes Verschulden des Ersatzpflichtigen zugrundelag, für irrilevant, in anderen Entscheidungen mit leichtem Verschulden für relevant erklärt worden, ohne dass sich für die Differenzierung wirklich überzeugende andere Gründe hätten vortragen lassen »). Indicativi anche gli esempi offerti da OFTINGER, *op. cit.,* p. 107; cfr. inoltre v. CAEMMERER, *op. ult. cit.,* pp. 443-444; limitatamente al diritto penale Arthur KAUFMANN, *Die Bedeutung hypothetischen Erfolgsursachen im Strafrecht,* in *Festschrift Eb. Schmidt,* Göttingen, 1961,

Resta il solito problema di sapere se il mancato guadagno eccezionale, in presenza del dolo, debba sempre considerarsi risarcibile

interamente; sul che non parrebbe tuttavia di dover modificare le indicazioni, e così pure le riserve, già espresse parlando dei danni

---

p. 200 ss., 230; attraverso il § 242 BGB, STAUDINGER (-WERNER), *Kommentar,* cit., pp. 46-47; e in generale ancora GSCHNITZER, *Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenersatz,* cit., p. 166; BRAMBRING, *Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens,* cit., p. 57 ss., p. 98.

Particolare attenzione merita l'ipotesi in cui il valore della cosa distrutta — o deteriorata, smarrita, alienata efficacemente — abbia subito un qualche incremento, rispetto al tempo di commissione del fatto, nel momento in cui si conclude il giudizio. Una rilevanza indiscriminata del dolo, sopra questa aliquota del danno, potrebbe ammettersi accettando l'insegnamento tradizionale, secondo cui risarcibile è soltanto il pregiudizio del tempo del fatto illecito (così STOBBE, *Handbuch,* III, cit., p. 385; DERNBURG, *Pandette,* II, cit., p. 184, nota 13; WINDSCHEID, *Pandette,* II, cit., p. 40, nota 7; CROME, *Teorie fondamentali,* cit., p. 101; BARTIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* 6, p. 351; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* II, cit., pp. 339-340; CESAREO CONSOLO, *op. cit.,* p. 216); sarebbe infatti agevole concludere che colui il quale ha agito per arrecare proprio quel maggior danno che in virtù di informazioni personali sapeva doversi produrre, è tenuto a rifondere anche tale differenza (in questa linea, infatti, il § 1332 ABGB, su cui *infra,* Cap. VIII, p. 306). È certo però che quell'insegnamento non può essere accolto, o almeno non in termini così generali, giacché in troppe situazioni esso condurrebbe ad un sacrificio ingiustificato della vittima (KOHLER, *op. cit.,* pp. 127-128; OERTMANN, *op. cit.,* p. 40; PLANCK-SIBER, *op. cit.,* II, 1, p. 86; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 214 s.; v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 103; SOERGEL-LINDENMAIER, *op. cit.,* p. 583; LARENZ, *Die Berücksichtigung hypothetischen Schadensursachen bei der Schadensermittlung,* in *Neue jurist. Woch.,* 1950, p. 487; GÖRNER, *op. cit.,* p. 550). Né basta far rilevare che il danneggiato, con una soluzione diversa, resta arbitro di agire nel momento in cui la cosa assumerà il valore più alto, speculando così sulla malasorte dell'autore, e trasformando la propria disgrazia in fortuna (HEDEMANN, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches,* 3ª ed., Berlin, 1949, p. 77; STAUDINGER-WERNER, *Kommentar,* cit., pp. 108-109). Al riguardo, si potrà infatti provvedere con un richiamo all'art. 1227, 2° comma, tanto più facilmente quando il bene distrutto non fosse irreperibile sul mercato (TRIMARCHI, *Condizione sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1964, p. 1431 ss., 1451); ma il criterio è che, di regola, la vittima sia libera di chiedere non soltanto il maggior valore che la cosa avrebbe avuto al momento finale del giudizio — come dimostra il fatto che si può domandare la reintegrazione in forma specifica —, ma altresì quello che essa avrebbe potuto assumere nel tempo successivo al processo (L. RIPERT, *La réparation,* cit., p. 142 s.; *Restatement of torts,* IV, cit., § 910; G. TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua valutazione,* in *Riv. dir. priv.,* 1933, I, p. 254 ss., 256; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité,* I, cit., p. 404; OFTINGER, *op. cit.,* p. 151 e p. 229; GUHL, *op. cit.,* p. 75; BARBERO, *Sistema,* II, cit., p. 852; DE JUGLART, *Cours,* II, cit., p. 195; MICCIO, *Dei singoli contratti,* cit., p. 834; DABIN-LAGASSE,

indiretti in generale. Si tratta però anche di vedere se l'elasticità propria di questo 2° comma dell'articolo 2056 non significhi che lo spo-

---

in *Rev. crit. jur. belge,* 1959, p. 330; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 45; ERMAN-SIRP, *Handkommentar,* cit., p. 459 s.; SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.,* §§ 249-253, Bem. 92; BIANCA, *op. cit.,* p. 235 e p. 272 s.; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 14; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 288; nella nostra giurisprudenza, da ultimo, Cass. 24 maggio 1972, n. 1620, in *Giur. it., Rep.,* 1972, voce « *Responsabilità civile* », n. 210).

Vi è però un caso nel quale, a parer nostro, il dolo — sia pur *sub specie* di vera e propria *machinatio* — tornerà a distinguersi dalla colpa semplice, ed è quello in cui l'aumento di valore della cosa sia stato provocato dall'intervento di fattori eccezionali, intesi come elementi estranei al campo di ragionevole fluttuazione economica del bene. A norma degli artt. 2043 e 2056, anche questa voce sembrerebbe risarcibile senza distinzioni di sorta, costituendo quel pregiudizio imprevedibile che in materia aquiliana è dovuto già in caso di colpa: ma un'applicazione dei principi sopra illustrati in materia di conseguenze indirette, consente pur qui di assicurare un equilibrio fra grado di riprovevolezza dell'azione e ammontare del risarcimento. E infatti, ammesso che un maggior danno possa prodursi — negli stessi termini sostanziali — per l'inserimento di una concausa vera e propria, oppure in forza di un elemento posteriore al ciclo eziologico, la differente natura « tecnica » dell'intervento non può comportare una soluzione addirittura opposta nei due casi (Gl. WILLIAMS, *Joint torts and contributory negligence,* cit., p. 290 s.; GRÖNFORS, *Apportionment of damages,* cit., p. 107, nota 1); uno sguardo ai due commi dell'art. 1227 dimostra proprio che il diverso modo in cui il creditore può contribuire al determinarsi di un maggior pregiudizio — causazione e aggravamento — non ha impedito al legislatore di attribuire un rilievo omogeneo alla negligenza di questo soggetto.

Prendiamo allora il caso di chi urta e fa cadere in frantumi sul pavimento, con un movimento distratto, uno dei due « pezzi unici » della collezione di Tizio; e supponiamo che, subito dopo, anche il secondo pezzo vada distrutto, ma per effetto di una circostanza del tutto estranea, ad esempio perché un terzo ha appiccato fuoco all'altra casa di Tizio in cui questo secondo pezzo era custodito. Posto che ciascun pezzo avesse un valore di 10 finché esisteva anche l'altro, e valesse invece 15 se davvero unico, sembra logico concludere che l'agente sbadato dovrà rifondere soltanto 10 (o solo 5 se, con KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts,* cit., p. 282, si ritengano qui applicabili i principi della *Vorteilsausgleichung*); non si può infatti chiamarlo a rispondere per quei 5 che il pezzo da lui distrutto avrebbe aggiunto al proprio valore di 10, ove fosse rimasto l'unico pezzo, dal momento che l'incendio non solo si è verificato successivamente, ma dipende da una circostanza che non può essergli ascritta a titolo alcuno.

Immaginiamo però che questo stesso soggetto, previamente informato del piano del terzo incendiario, abbia agito in quel modo proprio per privare il collezionista del maggior valore che il pezzo avrebbe assunto se fosse rimasto l'unico. Per quanto raffinato appaia il dolo, non pare possibile mettergli a

stamento che il dolo è ammesso qui a produrre, è più ampio di quello affermabile in base al solo art. 1223: il risultato sarebbe allora quello di una minor riparabilità del danno emergente rispetto al lucro cessante; soluzione che appare abbastanza curiosa, come ben si intende, perché non la si debba meditare ulteriormente [61].

6. V'è poi un'altra prerogativa da ascrivere al nostro criterio, e che si aggiunge a quelle varie sinora messe in luce; rinvenibile questa volta sul terreno del *quomodo respondeatur,* a proposito cioè della scelta fra i due rimedi del risarcimento in via ordinaria e della reintegrazione in forma specifica; e consistente, in particolare, nel fatto che un'eventuale scoperta del dolo, sciogliendo ogni incertezza residua nel giudice, varrà a rendere normalmente pacifica l'ammissibilità della seconda e più efficace misura riparatoria.

Verso questa conclusione orienta già uno sguardo al modo in cui appare disciplinata la reintegrazione in forma specifica: la quale, come prevede l'art. 2058 cod. civ., 1° comma, può essere chiesta dalla vittima ogniqualvolta essa si presenti « in tutto o in parte possibile »; restando però il giudice libero di rifiutarla, a favore di un risarcimento per equivalente, quando la sua attuazione riuscirebbe « ecces-

carico 20 — somma del valore dei due pezzi — visto che il secondo resta pur sempre un fatto indipendente; concludere che egli debba esser tenuto per 15 significa allora ammettere che la colpevolezza non è affatto indifferente, anche al di fuori della causalità in senso stretto, nella determinazione del danno risarcibile.

[61] Secondo TRIMARCHI, *Causalità,* cit., pp. 106-107, vi sarebbe anche un'altra ipotesi in cui il giudice deve ritenersi autorizzato a proporzionare il risarcimento del lucro cessante alla gravità dell'illecito, ovvero al grado di colpa del danneggiante: ed è il caso in cui il lucro cessante, pur apparendo certo nel suo ammontare, sia in enorme sproporzione con la gravità dell'illecito. Tale potere del giudice dovrebbe anzi ritenersi sancito proprio dal 2° comma dell'art. 2056, il quale non potrebbe essere inteso come un'autorizzazione al giudice a liquidare il danno in base ad elementi presuntivi quando non si possa fornire la dimostrazione rigorosa del suo ammontare, tale autorizzazione risultando già dal richiamo che l'art. 2056, 1° comma, opera dell'art. 1226 cod. civ., sulla disciplina del danno incerto (cfr. anche SENA, *Il risarcimento del danno derivante da contraffazione di brevetto, la sorte dei beni contraffatti e l'arricchimento del contraffattore,* in *Riv. dir. ind.,* 1971, p. 5 ss., 10 s.).

Il caso è diverso, come si intende, da quello prospettato nel testo, ma non occorrerà precisare che se il dolo sopprime ogni limitazione del lucro cessante incerto, a maggior ragione esso sopprimerà un limite risarcitorio del lucro cessante certo.

sivamente onerosa per il debitore » (come precisa il 2° comma della stessa disposizione).

Anche qui dunque — in quel rapporto tra costo della *restitutio* materiale da un lato, e certezza/evitabilità della condanna relativa dall'altro — il motivo della tutela accordata al danneggiante è riconoscibile a prima vista [62]: dal che, però, anche un nuovo richiamo per l'interprete a sorvegliare che quella protezione, nelle concrete circostanze del caso, si dimostri davvero opportuna [63].

Quanto alla discrezionalità, essa non è meno palese nel potere che si lascia al giudice di decidere per la reintegrazione in forma specifica anche là dove questa si annuncia troppo gravosa per il debitore (« *può* disporre... »): non manca allora un supporto tecnico all'operatività che si vuol assegnare al dolo, mentre è evidente l'incompletezza di una valutazione che, dovendo compiersi secondo un prudente arbitrio, prescindesse dal rilievo delle componenti soggettive del fatto illecito [64].

[62] Riconoscibilità anzi tanto facile, su questo terreno, dove il legislatore — accanto ai motivi consueti, e cioè accanto al rilievo dell'esser il danno sopportato meglio dalla vittima che dall'autore (cfr. TRIMARCHI, *Causalità,* cit., p. 96; ID., *Rischio e responsabilità oggettiva,* Milano, 1961, p. 17), donde la tendenziale antieconomicità del risarcimento — ha dovuto tenere ancor presente, venendo così incontro al danneggiante, la considerazione dell'ulteriore disinvestimento possibile con l'ammessa reintegrazione: ossia quello della differenza fra ammontare del pregiudizio e costo della rimessa in pristino, ogni volta che quest'ultima sia superiore all'equivalente (considerazione che è stata fatta rilevare, è vero, entro i limiti dell'eccessiva onerosità, in merito alla quale tuttavia, almeno di fatto, il giudice eserciterà poi sempre una certa libertà di apprezzamento).

[63] Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica,* in *Studi in onore di F. Messineo,* cit., p. 563; KRÜCKMANN, *Verschuldensaufrechnung,* cit., p. 165.

[64] DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht,* II, 1, cit., p. 80; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 80, nota 70; HECK, *Grundriss,* cit., p. 55; KNÖPFEL, *Billigkeit und Schmerzensgeld,* cit., p. 50; ROTHER, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 50; MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens,* cit., pp. 186-189; RESCIGNO, *Manuale,* cit., p. 646.

Si pensi, in particolare, al caso in cui venga deteriorato un oggetto che ha per il suo proprietario un valore puramente affettivo. Potrà forse sconcertarci la tesi di chi ritiene che, se una riparazione materiale è possibile, la vittima abbia sempre diritto ad ottenerla, mentre nessun compenso in denaro sarebbe dovuto in caso di irreparabilità dell'oggetto stesso (BURCHARD, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 90; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 83; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 212; NÖRR, *Zum ersatz des immateriellen*

Né infine, per venire al nocciolo centrale del discorso, questo dell'opzione fra i due provvedimenti si presenta soltanto come problema di *quomodo respondeatur*: sì che la parte recitata dal dolo si esaurirebbe nel favorire il successo di uno fra più mezzi di utilità economica comunque equipollente. In qualche caso, potrà anche non esservi differenza pratica fra i risultati cui conduce l'adozione dell'uno invece che dell'altro [65]: ma di regola, solo la reintegrazione in forma specifica può ritenersi idonea a soddisfare del tutto il danneggiato (o, quantomeno, nella misura che più si avvicina a quella del pregiudizio sofferto realmente) [66].

Schadens, cit., p. 15; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 242; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 278, e con essi la maggioranza degli interpreti tedeschi, i quali ritengono di avere le mani legate, sul punto, dalla lettera del § 253 BGB); e può quindi apparire preferibile una soluzione, che sia pure entro limiti precisi, ammette la rilevanza dell'interesse d'affezione indipendentemente dalle modalità tecniche con cui può attuarsi il ristoro (v. *infra*, Cap. IX, nota 15). Non v'è dubbio, comunque, essere quella in forma specifica il tipo di *restitutio* che più si attaglia, per sua natura, ad una voce come quella ora in esame. Sembra allora ragionevole che, là dove la riparazione materiale si annuncia eccessivamente dispendiosa, il giudice debba tendenzialmente rifiutarla, quando il comportamento dell'agente è stato meramente colposo; mentre un risultato del genere non sarebbe più giustificabile nell'ipotesi in cui la lesione sia avvenuta di proposito — anche a prescindere dal caso in cui scopo esclusivo dell'autore fosse proprio quello di ferire i sentimenti dell'altro soggetto.

[65] Talvolta potrà anzi accadere che sia il risarcimento in denaro la forma più vantaggiosa per il danneggiato (VERGA, *In tema di risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, p. 5 ss., 8-9; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 25); ma il problema si pone ovviamente nell'ipotesi inversa, visto che il risarcimento per equivalente può sempre essere chiesto ed ottenuto.

[66] DERNBURG, *Pandette*, II, cit., p. 174; CROME, *System*, cit., II, p. 66; ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, cit., p. 728; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 962; GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 388; MARTEAU, *De la notion*, cit., p. 163; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 45 ss.; L. RIPERT, *La réparation*, cit., p. 18; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 232; DEKKERS, *Précis*, II, cit., p. 161; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations*, 1, cit., p. 961; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, III, cit., p. 434; MICCIO, *Dei singoli contratti*, cit., p. 836 ss.; BUTERA, *Commentario*, cit., *sub* art. 2058, p. 586; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité*, I, cit., p. 544; CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., p. 516; PUGLIATTI, *La limitazione della responsabilità civile*, cit., p. 77; GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, Paris, 1963, p. 99; G. GUARNERI, voce « *Restituzione e risarcimento del danno da reato* », cit., p. 746; MEDICUS, *Naturalrestitution und Geldersatz*, in *Jurist. Schulung*, 1969, p. 449 ss., 455; RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 645.

Una verità, di cui mostra di esser consapevole per prima la norma qui in esame, quando, nell'accennare ad un risarcimento che avviene « *solo* per equivalente », lascia già intendere esser questo un *quid minoris* rispetto all'altro tipo di riparazione [67]. Il che non manca di una riprova immediata se si considera che nella prospettiva del *tantundem* tutte le questioni sulla imputabilità o meno delle conseguenze indirette, questioni che con l'altro strumento son risolte in partenza, almeno per quanto concerne il danno emergente, tornano invece subito a proporsi: l'esempio può esser quello di Tizio che ha fatto cadere nel lago una statuetta preziosa appartenente a Caio, statuetta la cui perdita, oltre ad essere in se stessa pregiudizievole, determina anche una consistente diminuzione di valore della serie di cui Caio possiede tutti gli altri pezzi [68].

Si osserverà che, proprio in base alle indicazioni offerte in precedenza, anche questo tipo di svantaggio potrebbe farsi rientrare nel risarcimento cui Tizio è tenuto a provvedere, nel caso abbia agito con dolo: e così pure quello che derivasse, in ipotesi, dal non poter più Caio vendere la serie completa a chi, per acquistarla, gli aveva fatto un'offerta d'eccezione [69].

È però chiaro, secondo quanto avevamo pure aggiunto, che, oltrepassati certi estremi di mediatezza, un certo scarto, tra il danno effettivo e quello che può esser risarcito, comincia inevitabilmente a

---

[67] TRIMARCHI, *Causalità*, cit., p. 180, pensando al caso in cui venga distrutta una macchina appartenente a una serie che non viene più fabbricata, osserva che l'equivalente della perdita è qui dato dalla somma necessaria per l'acquisto di una macchina avente la stessa funzione, somma che — conclude l'autore — sarà spesso inferiore a quella necessaria per ottenere la fabbricazione di una macchina identica a quella distrutta. (ID., *Condizione sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno*, cit., p. 1449). Altro notevole vantaggio di tale forma di risarcimento consisterà nel fatto che, in caso di deprezzamento della moneta, ne viene a risentire il danneggiato, costretto a procurarsi il bene da corrispondere al leso, ed a pagarlo a prezzo superiore a quello che esso aveva al momento del danno, o anche al momento della sentenza che ordina il risarcimento (così MESSINEO, *Manuale*, V, cit., p. 639).

[68] Altri esempi in UNGER, *System*, I, cit., p. 376; e si veda v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 97.

[69] MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 90 s.; PLANCK (-SIBER), *Kommentar*, II, 1, cit., p. 68; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch*, I, 2, cit., p. 28; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 235; HÖHN, *op. cit.*, p. 28; KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., p. 281; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 140; OFTINGER, *op. cit.*, p. 44; LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 130.

prodursi. Alla vittima che voglia allora eliminarlo, non rimane altra via che quella di provvedere di sua iniziativa alla reintegrazione — che diventa, pertanto, un'auto-reintegrazione — in forma specifica: è cioè Caio, nel nostro esempio — se desidera un esatto ripristino dello stato *quo ante* — che dovrà risolversi ad assumere un'*équipe* di subacquei per la ricerca. Con il che, però, egli si trova a sua volta di fronte a quelle spese che sono già apparse troppo alte per farne gravare l'onere su Tizio, condannato infatti a rispondere nei limiti del solo equivalente; ed è escluso, d'altra parte, che quest'ultimo sia sufficiente a coprire quelle voci, dato che Tizio poteva altrimenti esser condannato lui stesso alla reintegrazione in forma specifica. O sull'una o sull'altra delle parti, e dunque sull'offeso se l'autore è fatto esente, l'eccessiva onerosità non può fare a meno di cadere.

Così, l'alternativa che incombe sopra Caio, pur risarcito del valore della statuina e di qualche altro capitolo del danno, può risultare alla fine la seguente: rassegnarsi al calo di prestigio che la scomparsa del prezioso monile procura alla sua collezione, con conseguente riduzione di affari e di clienti; oppure decidersi a sborsare di tasca propria la cifra che è necessaria per ottenere il recupero dal fondo.

Non v'è allora ragione [70] perché non debba esser proprio Tizio, se la statuetta è stata da lui gettata intenzionalmente nel lago, a sopportare anche questa porzione ulteriore di spesa, e ad esser quindi caricato di quell'obbligo reintegratorio che pur si annuncia e sarà tanto oneroso.

[70] Neppur quella indicata da KOHLER, *Schuldrecht,* cit., p. 185 (« Sofern nämlich eine Wiederherstellung zwar möglich, aber nur mit ganz ausserordentlichen Kosten zu bewirken wäre, würde es eine Schikane darstellen, wenn der Berechtigte auf der Wiederherstellung bestünde »; nello stesso senso, recentemente, STAUDINGER-WERNER, *Kommentar,* cit., p. 54, n. 80), se non, forse, là dove risulti che la sola o preminente ragione per cui la vittima ha chiesto la reintegrazione in forma specifica è il desiderio di arrecare al danneggiante inconvenienti maggiori rispetto a quelli che costui risentirebbe con l'altra forma di riparazione, e salvo sempre il caso in cui la *Naturalherstellung* si annunci priva di qualsiasi interesse o convenienza per colui che la domanda.

CAPITOLO QUARTO

ECCEZIONI E PRINCIPI

SOMMARIO. 1. Necessità di superare il contrasto fra dogma dell'equivalenza e presenza degli illeciti di dolo. - 2. Inammissibilità di due ipotesi estreme di conciliazione. - 3. L'inquadramento di quelle figure come eccezioni: vantaggi e inconvenienti pratici. - 4. Possibilità di riconoscere l'esistenza di un principio organico di repressione del dolo. - 5. Meriti di tale eventuale sistemazione. - 6. Opportunità di accertare se la regola dell'equivalenza abbia un fondamento positivo. - 7. L'irresponsabilità come territorio di espansione per il dolo.

1. Un'inchiesta nei codici e presso la giurisprudenza, anche sommaria come quella appena svolta, non si conclude dunque senza risultati: esistono, nell'ambito aquiliano, casi in cui solo in presenza di un *animus nocendi,* o di un fenomeno che ad esso si avvicina, l'autore deve rispondere del fatto; casi abbastanza vari e numerosi, si può anzi rilevare a un primo esame, e che mostrano come la sanzione alla malizia, lungi dall'essere un episodio isolato, sia una realtà che tocca situazioni giuridicamente assai lontane, comparendo e lasciando il proprio segno in tanti campi della vita di relazione.

Ed anche là dove questo non avviene, perché funziona già il titolo inferiore, s'è visto che rimane comunque la possibilità di una diversa valutazione del danno, secondo la dolosità o la colposità della condotta: qui pure in forme e in modi differenti, e col bersaglio però sempre comune del massimo ristoro per l'offeso.

Trova così conferma quanto s'era annunciato inizialmente: e nell'esigenza, che subito si avverte, di stabilire quale è il dato soggettivo che, dietro i termini di dolo, malafede, colpa grave, viene ad essere colpito volta a volta, è già presente una prima indicazione del cammino che sta innanzi alla ricerca; cui si aggiunge anche il bisogno di appurare i motivi per cui la *culpa laevis,* in tutte le ipotesi accennate, è perdonata in partenza al danneggiante. Per non dire poi di tutti gli esiti che, incerti o maggiormente controversi, neppure sono stati ricordati nel corso della rassegna or ora svolta, ma in cui è pur

possibile trovare, con diverse frequenze e accentuazioni, il segno di una qualche indipendenza assunta dai moventi soggettivi: quali, ad esempio, i c.d. illeciti famigliari [1], le violazioni di un segreto non

[1] È questo il titolo sotto il quale la dottrina francese suole ricordare alcune decisioni giurisprudenziali in cui la considerazione dei particolari rapporti intercorrenti fra autore e vittima del danno ha portato a richiedere il dolo per la responsabilità: così, ad esempio, per i genitori che, revocando il consenso prestato, spingono il figlio minore a rompere il fidanzamento (Paris 26 juin 1894, *S.*, 1894, 1, p. 264; Alger 9 avril 1895, *ivi*, 1896, 2, p. 79), o in caso di rottura di concubinato (si esige qui una « *faute caracterisée* »: Cass. 22 février 1960, in *J.C.P.*, 1960, IV, p. 50; Paris 4 janvier 1952, *S.*, 1952, 2, p. 85), o nell'ipotesi in cui taluno cerchi di attirare sotto la propria influenza i figli altrui (Colmar 9 février 1961, *D.*, 1961, p. 691, con nota di P. ESMEIN), o per la moglie che divulga l'immagine fotografica del marito « entièrement nu » (Trib. cant. Strasbourg, 13 septembre 1951, *J. C. Civil*, *sub* artt. 1382-83, fasc. « *la faute* », 1er cahier bis, n. 107), o per il marito (ebreo) che rifiuta di consegnare alla moglie l'atto di ripudiazione (Trib. civ. Seine 22 février 1957, in *Gaz. Pal.*, 1957, I, p. 246), o per la moglie che danneggia il marito con la sua condotta riprovevole (Trib. civ. Lyon 23 décembre 1908, in *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, p. 323), o per il marito che si astiene dal visitare la moglie in cura presso i di lei genitori (Montpellier 13 mai 1931, in *Gaz. pal.*, 11 sept. 1931), o per il coniuge in malafede circa la causa di nullità del matrimonio (Trib. civ. Seine 17 novembre 1926, in *Gaz. Trib.*, 2 juin 1927).

Presso di noi la casistica è meno ampia: ricorderemo, comunque, una recente decisione del Tribunale di Ravenna — 25 febbraio 1970, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 543 — in cui si è stabilto che il coniuge, il quale ha ottenuto lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato, può ottenere dall'altro coniuge il risarcimento dei danni solo quando provi il fatto doloso. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza è peraltro nel senso di escludere per questa ipotesi la responsabilità (Trib. Roma, 31 maggio 1961, in *Foro it.*, *Rep.*, 1961, voce « *Matrimonio* », n. 127; Trib. Milano 23 gennaio 1961, *ivi*, 1961, v. cit., n. 128: Cass. 3 luglio 1958, n. 2383, in *Foro it.*, 1959, I, c. 425, ove in nota richiami di giurisprudenza conforme; v. però App. Napoli 3 ottobre 1957, in *Foro it.*, *Rep.*, 1957, v. cit., n. 134, che ha ammesso la responsabilità e negato l'indennità di cui all'art. 139 cod. civ.), responsabilità che viene invece ammessa (anche in virtù dell'art. 185 cod. pen., dato il carattere penale dell'ammenda di cui all'art. 139: cfr. *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile* a cura di G. Scarpello e M. Stella Richter, 2a ed., Milano, 1957, *sub* art. 139, p. 181) per le altre cause di nullità del matrimonio note al coniuge responsabile (Trib. Catania 24 aprile 1959, in *Foro it.*, *Rep.*, 1962, v. cit., nn. 26-28; Trib. Roma 12 dicembre 1968, *ivi*, 1969, v. cit., n. 95; Trib. Torino 28 febbraio 1944, *ivi*, 1946, v. cit., n. 68). Per la responsabilità della moglie e dell'amante verso il marito, in caso di adulterio, v. Trib. Palermo 4 febbraio 1946, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, c. 475. Per la responsabilità del coniuge, nell'ipotesi di rifiuto sessuale, anche in caso di separazione di fatto, v. App. Torino 12 otto-

professionale o della *privacy* [2], le chiamate in giudizio vessatorie da

bre 1945, in *Foro it.*, *Rep.*, 1946, v. cit., n. 74. Per quella del terzo che abbia indotto lo sposo consapevole della causa di nullità a occultarla all'altro sposo, Trib. Torino 16 giugno 1941, *ivi*, 1942, v. cit., n. 80.

Cfr. inoltre *Restatement of torts*, cit., III, cap. 32 e 33: soprattutto § 683 p. 469, § 684 p. 475, § 686 p. 479, § 690 p. 486, § 700 p. 502 (i primi sulle illecite interferenze di un terzo in un rapporto coniugale; l'ultimo sulla responsabilità di chi induce un minore a fuggire di casa); Mc CURDY, *Torts between persons in domestic relations*, in *Harv. law rev.*, 1929-30, p. 1030 ss. (ove un'ampia selezione di decisioni imperniate sull'accertamento della *malice* o quantomeno dell'*intention*); WALTON, *Motive as an element in torts*, cit., p. 506 ss.; ID., *La responsabilité délictuelle*, cit., p. 62, nota 60 (che richiama una sentenza francese — Req. 6 août 1907, in *Dalloz*, 1907, I, c. 512 — in cui il comportamento del marito che aveva aperto una lettera della moglie fu giudicato abusivo essendo stato accertato il dolo); SEAVEY, *Cogitations on torts*, cit., p. 15. Nella dottrina francese BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, cit., I, p. 30 ss.; più recentemente, COSTANTINESCO, *Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz im französischen Recht*, in *Arch. civ. Praxis*, 1960-61, p. 320 ss., 338 s.; GOURDON, *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*, Paris, 1963, p. 131 ss. Quanto alla Germania, e per una rassegna della casistica sviluppatasi sotto l'egida del § 826 BGB, SOERGEL (-LINDENMAIER), *Bürgerliches Gesetzbuch*, II, cit., p. 683 ss.; COING, *Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*, in *Juristen Zeitung*, 1958, p. 558 ss., 559; SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.*, p. 1000 ss.; in generale anche v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, cit., p. 516; su qualche singolo aspetto, Eike v. HIPPEL, *Schadensersatz bei Ehestörungen*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1965, p. 664 ss., specialmente pp. 670-671 (ove si caldeggia, tra l'altro, la soluzione favorevole alla responsabilità del terzo complice nella *Ehestörung* anche con riferimento al danno non patrimoniale, ma ciò limitatamente al caso di colpa particolarmente grave).

[2] Sul rilievo del dolo in questo campo, e per un accenno alle differenti applicazioni, si vedano nella *common law* già WARREN e BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harv. law rev.*, 1890, p. 193 ss.; successivamente LARREMORE, *The right of privacy*, in *Col. law rev.*, 1912, p. 693 ss.; POUND, *Interests of personality*, cit., p. 343 ss., 363; per l'Inghilterra, in succinto, JENKS, *Digeste*, I, cit., p. 294; ed ora DWORKIN, *op. cit.*, p. 39 ss.; NORTH, *Further disclosures of confidential information*, in *Journ. of busin. law*, 1968, p. 32 ss. Ma il dibattito ha continuato a svilupparsi soprattutto negli Stati Uniti, sull'onda di una giurisprudenza sempre più pronta a colpire certi atteggiamenti psicologici e ad accrescere nel contempo i margini di tutela per la riservatezza; ampi richiami, al riguardo, in BOHLEN, *Fifty years of torts*, cit., p. 731 e poi in FEINBERG, *Recent developments in the law of privacy*, in *Col. law rev.*, 1948, p. 712 ss., oppure in SEAVEY, *Principles of tort*, cit., p. 82. Di recente, H. KALVEN jr., *Privacy in tort law - Were Warren and Brandeis wrong?*, in *Law and contemp. problems*, 1966, p. 326 ss.; Note, *The fourth amendment right of privacy: mapping the future*, in *Virg. law*

rev., 1967, p. 1314 ss.; WAGNER, *Le « droit à l'intimité » aux États-Unis*, in *Rev. int. droit comp.*, 1965, p. 365 ss., 372; G. JONES, *Restitution of benefits obtained in breach of another's confidence*, in *Law quart. rev.*, 1970, p. 463 ss.; ERNST e SCHWARTZ, *Privacy - The right to be let alone*, London, 1968, n. 62; LUSKY, *Invasion of privacy: a classification of concepts*, in *Col. law rev.*, 1972, p. 693 ss.; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 207; ID., nel vol. *Die Haftung der Massenmedien*, cit., p. 45 ss., 55 ss.; in generale Arthur R. MILLER, *The assault on privacy*, Ann Arbor, 1971; Note, *Privacy in the first amendment*, in *Yale law journ.*, 1972-73, p. 1462 ss.

Ricchissima la discussione anche in Germania, dove si possono segnalare, sotto il profilo che interessa in questa sede, SCHULZ-SCHAEFFER, *Persönlichkeitsrecht und Rechtserneurung*, in *Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts* (*Festgabe E. Jung*), Marburg, 1937, p. 193 ss., 201; LARENZ, *Das « allgemeine Persönlichkeitsrecht » im Recht der unerlaubten Handlungen*, in *Neue jurist. Wochenschrift*, 1955, p. 521 ss., 524; F. K. FROMM, *Schadensersatz für Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, *ivi*, 1965, p. 1201 ss., 1205; WEITNAUER, *Remarques*, cit., p. 814; v. CAEMMERER, *Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht*, in *Festschrift Fritz v. Hippel*, Tübingen, 1967, p. 27 ss., 29-30; KAMLAH, *Right of privacy*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1969, p. 116 ss.; HELLE, *Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, Tübingen, 1969, p. 176; GIGER, *Massenmedien, Informationsbetrug und Persönlichkeitsschutz als privatrechtliches Problem*, in *Juristen Zeitung*, 1971, p. 249 ss.; tra i contributi meno recenti, LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht*, cit., pp. 557-558. È noto che qui lo sviluppo è venuto svolgendosi come progressivo riconoscimento di un generale diritto della personalità quale « *sonstiges Recht* » nell'ambito del § 823, 1° comma (su ciò *infra*, Cap. IX, nota 63); ma non sono poche, appunto, le ipotesi in cui la tutela resta ancorata all'applicazione del 2° comma del § 823 — e in cui la *Schutznorm* richiede d'altra parte il dolo (ed il limite si estende allora all'azione aquiliana: *infra*, Cap. VIII, nota 9) —, nonché le situazioni per le quali l'unico strumento di difesa appare il § 826.

Quanto all'Austria, da ultimo, PALLIN, *Persönlichkeitsschutz und Massenmedien*, in *Jurist. Blätter*, 1972, p. 393 ss.

Nell'ambiente francese, HANSSENS, *Du secret des lettres*, Bruxelles, 1890, p. 238 s.; GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, I, pp. 189-190 ai quali si rimanda per ulteriori richiami nei rispettivi paesi (dove esiste un'antica e copiosa letteratura in argomento, seppur di carattere in gran parte minore). Recentemente, invece, SARRAUTE, *Le respect de la vie privée et les servitudes de la gloire*, in *Gaz. Pal.*, 1966, I, *Doct.* 2, p. 12; LYON-CAEN, *Le droit à l'intimité*, in *Rev. droit cont.*, 1967, p. 68 ss.; Trib. grande inst. Nancy, 8 juin 1973, in *Dalloz*, 1974, *Jurispr.*, p. 126; LINDON, *Note* a Trib. grande inst. Paris, 27 févr. e 8 mars 1974, *ivi*, 1974, *Jurispr.*, p. 530 ss.; VELU, *Le droit au respect de la vie privée*, Namur, 1974, p. 68 ss.; NERSON, *La protection de la vie privée en droit positif français*, in *Rev. int. droit comp.*, 1971, p. 737 ss.

Per l'Italia potremmo richiamarci, volendo trovare qualche esempio, al filone giurisprudenziale in materia di rappresentazione teatrale o cinematografica

chi abbia pur ragione quanto al merito [3], le astensioni da un comportamento che potrebbe facilmente impedire il danno [4], la falsa te-

---

ingiuriosa per la memoria di defunti o di una persona vivente (*retro*, Cap. II, nota 30), oppure all'orientamento in tema di spionaggio industriale o privato; d'altra parte, è forse inutile osservare come la violazione dell'intimità e del riserbo, nelle varie forme che essa può assumere, non sia certo normalmente il risultato di una negligenza, ma avvenga invece in modo del tutto intenzionale, spesso anzi ai fini di uno sfruttamento commerciale o di altro tipo. Meno pertinenti — o perché nell'ottica della sola tutela preventiva, o in quanto disinteressati all'ipotesi di violazioni dolose — i possibili richiami ai lavori dei nostri studiosi che hanno affrontato il tema della *privacy*: ricordiamo, ad ogni modo, FERRARA SANTAMARIA, *Il diritto alla illesa intimità privata*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, I, p. 168 ss., 187-189; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1950, p. 108 ss.; GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 458 ss., 474-475; DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, cit., pp. 91-92, 102; da ultimo, in generale, MARTINOTTI, *La difesa della « privacy »*, in *Pol. del dir.*, 1971, p. 749 ss.; BESSONE, *Segreto della vita privata e garanzie della persona*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1130 ss.

[3] Si vedano THROCKMORTON, *Damages for fright*, cit., p. 275; POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 315 ss.; JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2ª ed., Paris, 1939, p. 68; Mc CORMICK, *Handbook of the law of damages*, cit., p. 384 ss.; WALTON, *La responsabilité délictuelle*, cit., p. 63; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 169; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, cit., p. 83; HARPER e JAMES, *The law of torts*, cit., p. 330; WRIGHT, *Cases on the law of torts*, cit., p. 1094; HOPT, *Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung*, München, 1968, p. 152 ss. e p. 217; GELDART, *Elements of english law*, 7ª ed., London, 1966, p. 146; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 1083 (« ... a process in itself perfectly well founded and proper may amount to a legal wrong if vexatiously and unnecessarily repeated »); WINFIELD e JOLOWICZ, *On tort*, cit., p. 496 ss.

Da noi la giurisprudenza — ad esempio Trib. Firenze, 12 luglio 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 925; Cass. 15 giugno 1965, n. 1230, *ivi*, 1967, I, 1, c. 462 — pare restia ad ammettere una responsabilità per chi ha vinto la causa, in caso di processo intentato al solo scopo di nuocere; per qualche spunto, ad ogni modo, DI STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. proc.*, 1964, p. 582 ss.

[4] La giurisprudenza — ad esempio Cass. 13 ottobre 1972, n. 3049, in *Foro it., Rep.*, 1972, voce « *Responsabilità civile* », n. 54, c. 2421 — è solita affermare che la responsabilità dell'omittente va esclusa quando mancasse un obbligo specifico di agire (art. 40 cod. pen., 2° comma). È probabile che, in assenza dell'obbligo, sia irrilevante anche l'omissione dolosa (v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 72 s.; CROUZEL, *Les prétendus délits et quasi-délits d'omission*, in *Rev. gen. du droit, législ. et jurispr.*, 1922, p. 257; *Restatement of torts*, II, cit., § 314, ill. 4; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 212; Mc NIECE e THORNTON, *Affirmative duties in tort*, in *Yale law Journ.*,

1948-49, p. 1272 ss., 1287 s.; PAYNE, *The tort of negligence*, cit., p. 242 s.; EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., pp. 596-97), almeno per la maggioranza dei casi (per qualche esempio della minoranza, AMES, *Law and morals*, in *Harv. law rev.*, 1908-09, p. 97 ss., 112-113; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, II, 2, cit., p. 799, nota 4; STAMMLER, *Die Lehre vom richtigen Rechte*, Berlin, 1902, p. 489 s.; CROME, *System*, II, cit., p. 1040, nota 3; KOHLER, *Schuldrecht*, cit., p. 514; ROSENTHAL, *op. cit.*, II, p. 219; BRUGI, *Il delitto civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1908, p. 349 ss., 355; NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena, 1920, p. 56; BECKER, *op. cit.*, p. 232; SOERGEL-LINDENMAIER, *op. cit.*, p. 669). Ma è difficile credere che in presenza dell'obbligo — o di un onere — la colpa e il dolo siano sempre equivalenti (cfr. KRESS, *Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts*, München u. Berlin, 1934, p. 312; BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 228; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, cit., III, pp. 60-61).

Basta pensare al caso di Tizio che, nel momento stesso in cui si avvede che Caio giace ferito ai margini della strada, sbanda con l'automobile ed esce di strada: sì che Caio finisce per morire lentamente dissanguato. Tizio non sarà certo responsabile di questa morte se è uscito di strada per un errore di guida, ma lo sarà ove risulti ché egli ha agito in quel modo, in odio a Caio suo vecchio nemico, proprio per sfuggire alla responsabilità per omissione di soccorso — quando un trasportato nella vettura, futuro pericoloso testimone, impediva a Tizio stesso di tirar via diritto, fingendo di nulla (v. anche GABBA, *Nuove questioni*, I, 2 cit., p. 232, il quale fa l'esempio del farmacista che abbia consegnato a Mevio una medicina da prendersi in piccole dosi successive e che, ove Mevio sia morto per aver ingollato l'intera medicina in un sorso, sarà responsabile secondo l'a. soltanto se l'avvertimento sulla posologia è stato taciuto di proposito).

Lo stesso per quanto concerne il danno che l'omittente non ha impedito a se stesso. Per colpa di Caio si è sviluppato un incendio nella casa di Tizio; è sicuro che, se chiamati entro un certo tempo, i pompieri potranno domarlo: Tizio, sprovvisto di telefono, ha un incidente di macchina mentre sta correndo in città ad avvertirli, e la casa brucia completamente. La soluzione dovrà variare anche qui a seconda che Tizio sia stato imprudente nella guida, oppure abbia agito in quel modo per lucrare il futuro risarcimento (v. pure DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, IV, cit., p. 514; *Restatement of torts*, IV, cit., § 918, ill. 6 e 7; e nella sostanza già SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 458).

Sul ruolo dell'omissione nella teoria della causalità, OERTMANN, *op. cit.*, p. 36 ss.; TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, in *Festgaben L. Enneccerus*, cit., p. 3 ss.; MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 19; KRÜCKMANN, *Verschuldensaufrechnung*, cit., p. 150 ss.; HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, cit., p. 189 ss.; SAUER, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, in *Festgabe R. Frank*, I, cit., p. 202 ss.; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 173 ss.; ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, p. 109 ss. Recentemente LARENZ, *Ursächlichkeit der Unterlassung*, in *Neue jurist. Wochenschr.*, 1953, p. 686 ss.; REHFELDT, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, cit., p. 218; OFTINGER, *op. cit.*, p. 70 ss.; K. A. HALL, *Über die Kausalität*

stimonianza processuale o ancora il rifiuto di renderla [5], la privazione

---

und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, in *Erinnerungsgabe für M. Grünhut*, Marburg, 1965, p. 213 ss.; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.*, §§ 249-253, Bem. 30 e 31; REALMONTE, *Il problema*, cit., pp. 53-78 (al quale si rinvia per richiami di dottrina penalistica italiana); HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, cit., p. 35 ss. e p. 95 ss.

Afferma che *di regola* l'omissione dolosa del terzo non interrompe il nesso di causalità, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 123 (il quale — p. 124, nota 9 — fa l'esempio di chi lascia incustodito un veleno e che risponderà per la morte di chi ignaro lo abbia ingerito, anche se ciò avrebbe potuto essere impedito da un terzo il quale, pur essendo obbligato a sorvegliare e proteggere la vittima, in odio a questi si sia astenuto dall'intervenire); analogamente, PROSSER, *Handbook*, cit., p. 328; BRICOLA, *Recensione* a Trimarchi, cit., p. 540. Vedi d'altra parte CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 163, il quale rileva come il notaio non sarà più responsabile per la nullità del testamento pubblico nel caso in cui « il testatore, consapevole della nullità, di proposito si astenga dal fare un nuovo testamento ».

Sul concetto di dolo nell'omissione, ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, p. 61 ss.; ID., *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, cit., p. 163 ss.; ENDEMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 753; COPPA ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 150; recentemente FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 550; HARDWIG, *Vorsatz bei Unterlassungsdelikten*, in *ZstW*, 1962, p. 27 ss.; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., pp. 263-271.

Per una casistica in cui l'« *abstention* » è stata considerata fonte di responsabilità in quanto *malicieuse*, LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., Paris, 1962, p. 432 ss.; in senso favorevole P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 431; DELYANNIS, *La notion d'acte illicite*, cit., p. 252; richiami ulteriori *infra*, Cap. XI, nota 68.

[5] V. anche TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 127, nota 117, il quale osserva che pur se la falsa testimonianza non è stata « condizione necessaria alla condanna ingiusta », ma ne ha solamente « aumentato le probabilità », dovrà ammettersi ugualmente la responsabilità; l'a. affianca a questa — concludendo per la necessità della responsabilità — l'ipotesi del colpevole di un reato per il quale sia stato condannato un innocente (così già VITALI, *Del danno*, cit., p. 149; FUZIER HERMAN, *Code civil*, IV, cit., p. 568; DEMOGUE, *Obligations*, 1, IV, cit., p. 125).

Non ci risultano precedenti giurisprudenziali in cui sia stata affermata la responsabilità di chi ha affermato il falso nel processo per negligenza. E infatti, a parte ogni considerazione sul fatto che il testimone adempie qui un dovere, è evidente come una sanzione della stessa colpa deprimerebbe l'interesse all'accertamento processuale della verità. Per Trimarchi la *ratio* dell'immunità concessa alla colpa è la stessa che opera per la denuncia infondata. È innegabile, tuttavia, come, ai fini di una sentenza errata, la falsa testimonianza possa esercitare un peso ben maggiore rispetto alla denuncia; non può quindi escludersi, almeno in linea di principio, l'ipotesi di una condanna al risarcimento del danno per il testimone, pur di buona fede, che abbia ver-

di una aspettativa o di una *chance* ragionevole [6] e così di seguito. E senza infine accennare a un altro tema, solo apparentemente estraneo a questi, e che è quello della possibilità di prospettare come causa di giustificazione per l'agente il fine di giovare all'offeso e di evitargli

sato in colpa particolarmente grave (cfr. ancora DEMOGUE, *op. cit.*, 1, III, cit., p. 391; inaccettabile la tesi dell'irresponsabilità del testimonio anche in caso di dolo, per la quale ad esempio *Restatement of torts*, I, cit., p. 21; COLYER, *A modern view*, cit., p. 218; v. invece, nell'ordine di idee qui seguito, FRIDMAN, *Compensation of the innocent*, in *Mod. law rev.*, 1963, p. 481 ss., 497).

[6] Qualche accenno s'è già fatto discorrendo del lucro cessante incerto e del danno emergente eccezionale (*retro*, Cap. III, n. 5), ma il problema non si presenta diversamente sul terreno dell'*an respondeatur*; non son poche, in effetti, le ipotesi di lesione di una *chance* per le quali sarebbe arduo ammettere una rilevanza della *culpa laevis*. Ad esempio, se A — proprietario di un quadro del valore di mercato di 1000 dollari — entra in trattativa con B — particolarmente interessato all'opera, che riproduce uno dei suoi antenati, e disposto perciò a pagarla anche 2000 dollari — e vede poi sfumare l'affare perché C induce B a credere che il dipinto sia falso, è giusto concludere che C, se il quadro è invece autentico, sarà responsabile verso A per quei 1000 dollari di differenza; ma, come sottolinea il *Restatement*, IV, cit., § 912, ill. 15, tale obbligo potrà essere ammesso soltanto se sia provato che C ha agito fraudolentemente (ossia, nell'esempio, per favorire un terzo venditore di quadri che possedeva anch'egli il ritratto di un antenato di B). Del resto, sarebbe perlomeno strano se, allorquando un'aspettativa è pregiudicata in seguito alle false dichiarazioni, o alla calunnia, alla diffamazione, al raggiro di un terzo, valessero principi diversi da quelli che vedono già necessaria — in tutte queste ipotesi — la normale presenza del dolo. Così, se A era in lizza per il premio di popolarità di 3000 dollari bandito da un giornale, avendo vinto una selezione in cui ha ricevuto lo stesso numero di voti di altri due concorrenti, ed ha visto poi sfumare ogni possibilità di vittoria in quanto B, amico di uno dei due rivali, ha creato le condizioni perché A venisse arrestato, B sarà tenuto per il danno corrispondente a una quota del premio — 1000 dollari, in mancanza di prove migliori — soltanto se abbia agito dolosamente nei confronti di A (*Restatement of torts*, IV, cit., § 912, ill. 14); e lo stesso si può dire per il caso in cui delusa sia stata l'aspettativa di un legato, di una donazione, di una chiamata ereditaria (*infra*, Cap. XI, nota 71; e sin d'ora DE JUGLART, *Cours de droit civil*, II, cit., p. 190; SOERGEL-KNOPP, *op. cit.*, § 826, Bem. 65, p. 962).

È inutile sottolineare che, per essere risarcibile, la *chance* dovrà essere stata effettiva: così, se A è una delle tre ragazze selezionate da un voto popolare per un provino cinematografico, e B le impedisce di partecipare al provino, A non potrà chiedere nulla nell'ipotesi in cui provini successivi dimostrino che essa non sarebbe mai stata scelta (*Restatement of torts*, IV, cit., § 912, ill. 17); dettata per un'ipotesi in cui la colpa di B sarebbe insufficiente, ai fini della responsabilità, la regola vale senza dubbio anche nel caso di dolo.

un pregiudizio maggiore di quello che in effetti gli si arreca [7] (anche

[7] ZEILLER, *op. cit.*, III, 2, p. 281; NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, p. 144; AMES, *How far an act may be a tort*, cit., p. 412 e p. 422; POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., p. 441; v. TUHR, *Das bürgerliche Recht, Allgemeiner Teil*, cit., p. 470; COPPA ZUCCARI, *op. cit.*, p. 157 ss.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch*, I, 2, cit., p. 648; BECKER, *op. cit.*, p. 229; SEAVEY, *Principles of tort*, cit., p. 93 (« An act done for the purpose of protecting the actor or another may not be negligent although it creates a serious risk of harm to third persons »); OFTINGER, *op. cit.*, p. 246; MARTON, *Versuch*, cit., p. 72; ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 126; TILEY, *The rescue principle*, cit., p. 25 ss.; FLEMING, *An introduction*, cit., pp. 59-60; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 34; GREGORY e KALVEN, *op. cit.*, p. 272; STREET, *The law of torts*, cit., p. 81; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 44; Hans STOLL, *Die Reduktionsklausel*, cit., p. 497; PAYNE, *The tort of negligence*, cit., p. 250.

Va precisato che il fine umanitario rileverà però soltanto nell'ipotesi in cui sia dubbio se il danno che si è voluto evitare avrebbe o meno avuto luogo, e che tale giudizio, in linea di massima, dovrà anche svolgersi senza riguardo per le convinzioni personali di chi ha agito: ben poco potrebbe cioè giovare a quest'ultimo l'aver creduto che il pericolo altrui fosse notevole, se questo era di fatto inconsistente (*Restatement of torts*, I, cit., p. 162 ss. e p. 202 ss.; DE PAGE, *Traité*, II, cit., p. 1014), e ancor meno gli nuocerà la circostanza di essere entrato in azione nella persuasione che il rischio fosse minimo, ove questo in realtà sia stato altissimo (P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 456 ove richiami di giurisprudenza; ID., in PLANIOL RIPERT, *Traité pratique, Obligations*, 1, cit., p. 789; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 542). Nel caso sia assolutamente certo lo svolgimento che i fatti avrebbero avuto in mancanza dell'intromissione, la considerazione dello scopo perseguito diverrà invece di regola indifferente: perché, se si è scoperto che il danno paventato era immaginario, l'agente non potrà sfuggire all'obbligo risarcitorio, quando il suo errore non sia giustificabile (non basterebbe neppur sempre, ad esempio, la scusa di un'informazione sbagliata della vittima); e se risulta che quel danno si sarebbe fatalmente verificato, e che il *dominus* non aveva già espresso l'intenzione di sopportarlo, l'autore potrà difendersi con un'eccezione per gestione d'affari o per arricchimento senza causa (ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, in *AcP* 99, e Tübingen, 1906, p. 104; DEREUX, *Du dommage éprouvé au service d'autrui*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1908, p. 49 ss., 72; RIOU, *L'acte de dévouement*, cit., p. 237; O'MAHONY, *De la réparation du préjudice subi par celui qui, bénévolement, porte aide ou secours à autrui*, Paris, 1942, *passim*; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, p. 448; ID., in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, p. 784; DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 190; ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 105; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 42; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jurispr. belge*, 1959, p. 222; BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 245, nota 6), anche nel caso in cui dovesse emergere, poniamo, che egli era intervenuto unicamente per impedire al beneficiato di lucrare un indennizzo assicurativo, o, peggio, per trattenere — nella speranza, poi irrealizzata, di favorire proprio il maggior

al di fuori delle fattispecie di cui agli artt. 2044 e 2045 cod. civ., e

---

danno — un terzo che si apprestava all'intervento (così pure nell'esempio prospettato da NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit,* Tübingen, 1951, p. 17, e cioè nell'ipotesi di chi rompe per dispetto una finestra dell'odiato vicino e in tal modo lo salva inconsapevolmente dall'asfissia; v. anche MOLARI, *Profili dello stato di necessità,* Padova, 1964, nota 44 bis).

Un appiglio per riconoscere la rilevanza dei moventi, che hanno spinto l'agente, almeno sotto il profilo del *quantum respondeatur,* è offerto ad ogni modo in materia di *negotiorum gestio* dall'art. 2030, 2° comma, cod. civ., il quale dispone che « il giudice, in considerazione delle circostanze che hanno indotto il gestore ad assumere la gestione, può moderare il risarcimento dei danni ai quali questi sarebbe tenuto per effetto della sua colpa ».

Considerazioni analoghe possono ripetersi per il caso in cui il pregiudizio arrecato sia più grave di quello che l'autore mirava a scongiurare (qualcuno — ad esempio OETKER, *Notwehr und Notstand,* in *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts,* Berlin, II, 1908, p. 350 s. — ha comunque messo in dubbio che qui possa ancor parlarsi di « altruismo »); s'intende che, dal punto di vista pratico, la sorte del convenuto zelante potrà essere questa volta peggiore, inverso essendo il rapporto fra i termini su cui si modellano rispettivamente le due azioni: ma, anche qui, il movente filantropico può aver risalto solo in caso d'incertezza, mentre nelle altre situazioni la possibilità di un ricorso ai principî sulla gestione d'affari o sull'arricchimento dipenderà esclusivamente dall'esito cui si sarà pervenuti nella ricostruzione ipotetica della vicenda (secondo P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.,* p. 789, nota 3, l'*acte de dévouement* non fungerà da esimente quando l'autore fosse manifestamente incapace di operare il salvataggio; per H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* II, cit., p. 664, il terzo sarà responsabile solo in caso di « *maladresse grave* »; VITALI, *Del danno,* cit., p. 44 e BIERMANN, *Bürgerliches Recht,* Berlin, I, 1908, p. 326 opinano che, contando solo il fine, l'inetto sia comunque difeso; v. però, in senso opposto, l'ampia casistica offerta da RIOU, *op. cit.,* p. 227 ss., nonché i richiami forniti da PROSSER, *Handbook,* cit., p. 35, nota 69 e da Mc GREGOR, *On damages,* cit., pp. 93-95; e, in generale, le considerazioni di ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit,* cit., p. 105; DERNBURG, *op. ult. cit.,* II, 1, p. 76, nota 10; recentemente PAYNE, *Foresight and remoteness,* cit., p. 14; CATTANEO, *Il concorso di colpa,* cit., p. 498 s.).

Diverso è il caso di A che cagiona danno a B per evitare che subisca un pregiudizio C. Secondo RODIÈRE, *La responsabilité civile,* cit., p. 43, A è in tal caso sicuramente responsabile verso B (« de quel droit, en vertu de quelle mission providentielle, a-t-il en effet choisit de commettre délibérément un acte préjudiciable à B? »), ma potrà sempre rivalersi su C in base ai principî sulla gestione d'affari (più incerto RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 281, che parla comunque di un'« obligation légale d'indemnité » dell'assistito « envers celui qui lui a prêté secours »; analogamente ASTRUC, *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance,* Lyon, 1929, p. 135; cfr. anche RUTSAERT, *Le fondement,* cit., p. 40 ss.; e nel senso che l'obbligazione sussista anche se l'atto, soggettivamente irreprensibile, non è in pratica servito a nulla, VISIOZ, *La notion de*

cioè della legittima difesa e dello stato di necessità [8]).

---

quasi-contract, essai historique et critique, Bordeaux, 1912, p. 243; O'MAHONY, *op. cit.,* pp. 106-107; *Restatement of torts,* II, cit., § 296, comment *b*; RIOU, *op. cit.,* p. 241; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* pp. 368-370; HARPER e JAMES, *op. cit.,* II, p. 1308); così come potrebbe nell'ipotesi di un danno arrecato a se stesso, sempre per risparmiare una perdita a C (WINIWARTER, *op. cit.,* IV, p. 609; NIPPEL, *op. cit.,* VIII, 1, p. 133; SHALGI, *A benefactor's right of action against a tortfesasor: a new approach in Israel,* in *Mod. law rev.,* 1966, p. 42 ss.; WEITNAUER, *Remarques,* cit., p. 820). Essendo quella una lesione « dolosa », non vi sarebbe però, secondo Rodière, la possibilità per il danneggiante altruista di farsi tenere indenne dall'assicuratore (il che lascia francamente perplesis: ben poco meno di quanto può lasciare un accoglimento della proposta di chi — DURANTE, *L'assicurazione di responsabilità civile,* 2ª ed., Milano, 1959, p. 114 — ritiene doversi negare all'autore dell'atto necessitato la copertura assicurativa per l'indennità di cui all'art. 2045 cod. civ., e che in tal modo introduce però una discriminazione priva di ogni base testuale — così BRIGUGLIO, *op. cit.,* p. 202 —, fondata su un'impropria assimilazione della intenzionalità dell'atto necessitato al dolo — v. *infra,* Cap. X, nota 48 —, e contrastante con lo stesso disposto dell'art. 1900 cod. civ., ultimo comma, ove si legge che l'assicuratore « è obbligato altresì, nonostante patto contrario, per i sinistri conseguenti ad atti... compiuti per dovere di solidarietà umana »).

Per un'interessante casistica giurisprudenziale in cui ha assunto variamente rilievo il movente altruistico, CAMPION, *La notion d'assistance en droit privé,* Bruxelles-Paris, s. d., p. 84 ss. Un altro aspetto attiene al dolo come vizio del volere: chi inganna la propria controparte a fin di bene, conclude un negozio che è certamente annullabile (TRABUCCHI, *Il dolo,* cit., p. 509), e può restare esposto anche a un'azione di danni; ma poiché in tal caso manca uno degli estremi della truffa (ancora TRABUCCHI, *op. cit.,* p. 229, nota 3, ove altri richiami), non sarà risarcibile l'eventuale danno patrimoniale che in qualche modo si colleghi con il fatto. Nient'altro che un'applicazione delle regole generali sulla causalità costituisce l'affermazione circa l'irresponsabilità di chi insegue un ladro per il fatto che costui, correndo, travolge un terzo (F. LEONE, *Nesso causale, op. cit.,* p. 580); ma è significativo il confronto con l'opposta soluzione nel caso prospettato *retro,* Cap. II, nota 54. Si è anche osservato che se A aiuta B a compiere un atto dal quale viene messa in pericolo la vita di quest'ultimo, e B poi muore, A può essere dichiarato parzialmente responsabile; mentre, se l'atto pericoloso di B aveva un carattere filantropico — medico che si è iniettato un *virus* a scopo di studio — A non sarà tenuto in alcun modo per il danno della morte (DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, IV, cit., pp. 523-524). V. infine il *Restatement of torts,* II, cit., § 383, per il quale chi viene in aiuto al proprietario o possessore di un fondo beneficia degli stessi limiti che alleggeriscono la responsabilità di quest'ultimo per quanto concerne i danni arrecati a chi è entrato abusivamente nel fondo stesso (in particolare, tendenziale insufficienza della colpa dinanzi ad un *trespasser*).

[8] Sulla possibilità che il giudice gradui l'ammontare dell'indennità, dovuta ex art. 2045, in considerazione del fine per il quale ha agito l'autore dell'atto

Ma, intanto, la semplice scoperta di quei dati — al di là dei chiarimenti che richiede, e senza ulteriori integrazioni — mette di fronte a un problema generale.

---

necessitato, cfr. BRIGUGLIO, *op. cit.*, pp. 100-101; e per l'applicabilità dei principi sulla *negotiorum gestio* al rapporto fra danneggiante e terzo salvato del pericolo, v. TUHR, *Partie générale*, cit., I, p. 337; PICARD, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1922, p. 15; PIRAS, *Saggio sul comportamento necessitato*, cit., p. 71; RIOU, *op. cit.*, p. 239; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 363; BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 185 ss.; DAWSON, *Negotiorum gestio: the altruistic intermeddler*, in *Harv. law rev.*, 1960-61, p. 817 ss., 1073 ss., che conclude per la preferibilità del ricorso all'azione di arricchimento.

Abbastanza incerta è la soluzione nel caso in cui la situazione di pericolo sia da ascrivere a colpa di un terzo. Che l'intervento del necessitato non interrompa il nesso causale tra fatto del terzo ed evento dannoso, è già stato messo in evidenza (*retro*, Cap. II, nota 61: ciò comporterebbe, oltre a tutto, un trattamento ingiusto della vittima, ammessa a ottenere solo l'indennità ex art. 2045, e dello stesso necessitato, che non potrebbe rivalersi presso alcuno, o comunque dell'eventuale beneficiato, escluso da ogni rimborso per la rifusione effettuata a chi l'ha salvato); e che, d'altra parte, permanga anche in tal caso una legittimazione passiva del necessitato, ci sembra necessario riconoscere (la stessa soluzione dovrebbe infatti imporsi nell'ipotesi in cui il pericolo sia opera del fato, con il che l'art. 2045 si troverebbe a non poter mai operare, giacché anche in caso di coincidenza fra le persone del necessitante e del necessitato esso sarebbe assorbito dall'art. 2043). Sul piano pratico, è evidente che al danneggiato converrà sempre citare subito il necessitante, visto che in tal modo può ottenere direttamente il rimborso integrale, ma di qui ad ammettere che il necessitato sia tenuto solo in via sussidiaria, il passo non è forse molto breve. Chi non lo compie, può vantare probabilmente una maggior aderenza al sistema del codice, il quale ha configurato l'obbligazione ex art. 2045 come autonoma (in tal senso è, infatti, la maggioranza della giurisprudenza: richiami in VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 33, cui adde Cass. 21 giugno 1972, n. 2025, in *Foro it.*, *Rep.*, 1972, voce « *Responsabilità civile* », n. 87, c. 2425). La tesi contraria ha qualche merito di praticità — evita ad esempio che, per l'indennità pagata alla vittima, il necessitato debba poi rivolgersi al beneficiato, e questi a sua volta al necessitante — ed è in fondo più rispettosa, proprio perché eccentrica, delle caratteristiche di originalità della fattispecie regolata dall'art. 2045 (per essa, ad esempio, BARASSI, *Della responsabilità per danni*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1899, p. 208 ss., 219; Cass. 23 agosto 1950, n. 2531, in *Resp. civ. e prev.*, 1950, p. 434; Cass. 28 aprile 1951, n. 1432, *ivi*, 1951, p. 125; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 536 e II, cit., p. 658; incerto FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., pp. 120-121): siamo dunque propensi ad accettarla, tenuto conto anche del fatto che il necessitato è « causa » così atecnica del danno da doversi considerare escluso da quella solidarietà passiva prevista in via generale dall'art. 2055.

S'è detto infatti quale sia, al riguardo la convinzione che domina in dottrina [9], e che è ripresa anche in tante sentenze [10]: essere sempre colpa e dolo equivalenti, quale che sia la fattispecie illecita, su l'uno e l'altro dei fronti di responsabilità — ed esser cioè quest'ultimo sprovvisto di ogni effettiva rilevanza. È chiaro allora, dal solo accostamento, che quegli spunti e l'altra affermazione non possono essere veri entrambi: ed è spontaneo dunque domandarsi a quale di essi si debba prestar fede e se il dissidio che oppone gli uni all'altra, così almeno come son stati colti, non sia in realtà soltanto apparente, e non debba comporsi in qualche modo.

2. Fra le varie risposte alla domanda, che possono in astratto immaginarsi, due sono quelle che si propongono per prime all'attenzione: lontane ed anzi opposte tra loro, nella sostanza, seppure eguali nel portare entrambe ad un superamento del contrasto.

Si può infatti pensare, innanzi tutto, che la bilancia penda completamente dalla parte del principio dell'equivalenza. Il fatto che illeciti di dolo siano sopravvissuti, e possano tuttora rinvenirsi, si spiegherebbe come il frutto di una svista, dovuta alla mancanza, sino ad oggi, di una messa a confronto diretta di quei fenomeni con il dogma generale. Tolti ora dall'oscuro anonimato, e posti innanzi alla realtà di quell'assioma, sarebbe inevitabile per essi scomparire dal mondo del diritto; incerto rimanendo solamente se il rilancio del principio dell'equivalenza andrebbe inteso come recupero di quelle figure nell'ambito signoreggiato dalla colpa, oppure come espunzione delle stesse fuori dai confini aquiliani.

Può darsi, invece, che a dover prevalere nello scontro sia proprio il dato che si esprime in quelle tracce: e ciò non solo nel senso più immediato — di una riconferma cioè definitiva, che si dovrebbe dare a queste ultime, del pieno carattere di validità giuridica — ma anche in quello più inatteso di un indizio, che quei frammenti offrirebbero, dell'esistenza di un principio generale, secondo cui il dolo influirebbe *sempre* sul giudizio di responsabilità in maniera diversa dalla colpa [11]. Compito dell'interprete, pertanto, sarebbe spiare e rive-

---

[9] Vedi *retro*, Cap. I, note 3, 5, 8 e 9.

[10] *Retro*, Cap. I, note 12, 14 e 15.

[11] Che il dolo dovesse subire un trattamento *sempre* differente dalla colpa, era opinione di BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 271 (ma la tesi ritorna in tutta l'opera, costituendone anzi il motivo centrale), anche se tale diversità

lare tale influsso, e tutti i segni che ne dan testimonianza, là dove il peso di quella falsa certezza l'ha occultato sinora e fatto escludere.

Nessuna delle due interpretazioni, come si intuisce del resto a un primo sguardo, può essere però accolta seriamente.

Non la prima, innanzi tutto, se si tien conto che almeno in qualche caso è la legge stessa a conferire al dolo quel risalto — in norme di tenore limitato, rispetto alla disposizione generale, e quindi prevalenti su di essa nel conflitto di « amministrazione » per quei danni. Anche per gli altri casi segnalati, e più « scoperti » sul piano normativo, appare subito d'altronde semplicistica la profezia di un'immediata sparizione: se è vero, infatti, che nel corso del passato la conoscenza di tutti questi dati è stata complessivamente assai modesta, e che per taluni di essi l'avvento della colpa, quale nuovo criterio di gestione, ha coinciso con l'improvvisa maggior notorietà che ha preso a circondarli a un certo punto, è pure vero, tuttavia, che nella storia non mancano anche esempi in senso opposto: di illeciti cioè che son restati, dopo esser giunti all'attenzione degli interpreti, sotto il segno d'origine del dolo [12].

Quanto poi al succeder della colpa, nel governo di alcuni tipi di lesione, esso non è stato quasi mai il portato di timori di incoerenza o di meri scrupoli formali [13]. Si è invece trattato normalmente

veniva intesa come necessità di applicare ad ogni illecito doloso, escluso l'inadempimento delle obbligazioni, una pena oltre alla sanzione civile (e vi sarebbe stata però una differenza sullo stesso terreno del risarcimento, almeno in relazione al danno non patrimoniale). Per una difesa di Brunetti contro il coro di critiche che tale concezione suscitò nella dottrina, v. CARNELUTTI, *Il danno e il reato,* cit., p. 64 ss. (il quale si affrettava comunque a sottolineare l'infondatezza della tesi *de iure condito*). Una posizione più sfumata e prudente, ma nel medesimo ordine di idee di Brunetti, si ritrova in G. RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 359.

[12] Basti pensare agli atti emulativi, al trattamento del giudice e delle parti nel processo; o ancora, tra i casi che le rassegne di giurisprudenza riportano da decenni, alla diffamazione, alla concorrenza per annientamento, alla denuncia penale infondata, allo storno dei dipendenti.

[13] E si può aggiungere come i casi in cui ciò è avvenuto siano anche quelli in cui la sostituzione della colpa al dolo come titolo di responsabilità ha destato le maggiori riserve (cfr., ad esempio, per quanto concerne la seduzione, le osservazioni di STELLA RICHTER in nota a Cass. 1° febbraio 1949, in *Foro it.,* 1949, I, c. 1060, e in nota alla già citata sentenza della Cassazione 30 giugno 1959, n. 2035, in *Giust. civ.* 1959, I, p. 1179; nonché i rilievi di SCARDULLA, nota a Trib. Genova 30 novembre 1960, in *Foro pad.,* 1961, I, c. 628; da ultimo, FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* III, cit., p. 20).

della fase d'arrivo di un processo in cui il ripetersi di chiamate in giudizio per una stessa fattispecie dannosa ha permesso di tradurre progressivamente sul terreno sostanziale — come elementi di per sé portatori di responsabilità — una serie di indici utilizzati all'inizio come mezzi di prova del dolo [14]; e ciò, sulla base di una maturata consapevolezza del nascondersi, dietro una spinta di *policy* morale, un dato di ingiustizia anche obiettiva [15]. Fenomeno con presupposti

[14] Così, per quanto concerne l'abuso del diritto, e in relazione all'affermarsi di criteri sempre più oggettivi nella giurisprudenza francese degli ultimi anni dell'ottocento, CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée,* cit., p. 339. Ma osservazioni del genere sono frequenti specialmente presso gli scrittori di *common law*: tra gli altri, HOLMES, *Il diritto comune (anglo-americano),* trad. it. di Lambertenghi, Sondrio, 1888-1889, pp. 211-213; BOHLEN, *Contributory negligence,* cit., p. 235; STONER, *The influence of social and economic ideals on the law of malicious torts,* in *Mich. law rev.,* 1910, p. 468 ss.; WALTON, *La responsabilité délictuelle,* cit., p. 64; GREEN, *One hundred years of tort law,* nel volume *Law - A century of progress 1835-1935,* cit., III, p. 34 ss., 37; e, più recentemente, PROSSER, *Handbook,* cit., pp. 951-952; MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., *Introduction,* p. 4. Significativo l'esempio del *tort* di *malicious prosecution,* dove *malice* viene intesa come presenza di *improper motive,* quest'ultimo è inferibile dall'assenza di un *proper motive,* assenza che è a sua volta « generally evidenced by the absence of reasonable and probable cause » (così ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 1077; v. anche HARPER e JAMES, *The law of torts,* cit., p. 323; FRIDMAN, *Compensation of the innocent,* cit., p. 486 s.).

[15] Indicativi i mutamenti della concorrenza sleale, dove i richiami morali delle origini, se ritornano nei casi oggi nascenti, hanno altrove ceduto il proprio posto ad un controllo di semplice conformità/difformità dell'atto rispetto a un codice esterno di comportamenti (è sufficiente un rinvio a ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* Paris, 1952-54, I, p. 482 e a SORDELLI, *La concorrenza sleale,* Milano, 1955, p. 21). Esemplare poi l'evoluzione di quella *faute inexcusable* che, commessa dall'imprenditore, permette in Francia un aumento sostanziale dell'indennità spettante al lavoratore infortunato (sul trapasso dall'iniziale accentuazione della volontarietà, all'apprezzamento *in abstracto* oggi affermato, cfr. STARCK, *Essai,* cit., p. 437 ss.; v. anche GAUGIER, *Reforme apportée à la législation des accidents du travail par la loi du 30 octobre 1946,* in *Sem. jur.,* 1947, p. 131 ss.). E lo stesso può dirsi per il dolo dell'impiegato, dinanzi al quale la P. A. vien fatta esente dall'obbligo di risarcire il danneggiato, e che non viene ormai più ritenuto là dove l'attività pregiudizievole sia comunque riferibile all'ufficio (v. per tutte Cass. 21 febbraio 1966, n. 551, in *Giur. it., Rep.,* 1966, voce « *Responsabilità civile* », n. 146; Trib. Napoli, 24 giugno 1970, in *Foro it., Rep.,* 1972, voce « *Responsabilità civile* », n. 114; in generale ATIYAH, *Vicarious liability,* cit., p. 262 ss.; per rilievi analoghi, in relazione ad altre figure, THROCKMORTON, *Damages for fright,* cit., p. 274 e p. 278; e v. *infra,* in questo Capitolo, nota 46).

suoi propri, quindi, e con tempi ben diversi da quelli consentiti da un meccanico richiamo a qualche schema (né si vede, del resto, quale indicazione potrebbe trarsi dagli stessi episodi in cui il peso di questi ultimi ha potuto essere maggiore — e che non sono mancati del tutto — se non quello dell'essersi fatto appello all'assolutezza di una regola, di cui la rassegna appena svolta ha dimostrato il carattere di relatività).

Ancor meno realistica pare d'altronde la seconda ipotesi, per la quale in nessun caso fra la colpa e il dolo potrebbe darsi un'uguaglianza di regime. È persino banale ricordare, infatti, quanto spesso venga chiamato al risarcimento un soggetto che pure ha agito in maniera dannosa per pura negligenza o irriflessione; e neppur sempre si registra quello scarto fra danno economico e danno risarcibile che il dolo ambisce a colmare od a ridurre: sotto entrambi i possibili profili, in un numero nemmeno esiguo di occasioni, la sua presenza resta senza alcun effetto [16].

Ovvia, pertanto, la necessità di far luogo a una sistemazione diversa da queste due estreme, e nella quale la coscienza che la colpa è molto spesso sufficiente ai fini aquiliani, possa figurare insieme al riconoscimento dell'occasionale esclusità del dolo.

Né, così dicendo, si può credere di aver già offerto un'implicita risposta, poiché il contrasto, con un semplice riscontro, appare solo descritto, non risolto. E la descrizione ha sì il merito di recuperare all'istituto aquiliano, liberandole dalla clandestinità, un certo numero di figure che, tra equivoci e incertezze, sono sempre vissute ai suoi margini. Ma il problema è soprattutto quello di permettere all'interprete di sapere se un certo pregiudizio, diverso da quelli che già oggi sono ritenuti ingiusti, debba essere risarcito a titolo di dolo, o di colpa, oppure lasciato magari a carico di chi l'ha subito.

3. In questa direzione, ci sembra allora che siano nuovamente due le scelte possibili: diverse tra loro a seconda di quello dei termini in conflitto sul quale si vuol porre l'accento, seppure ciascuna rispettosa di quel tanto di verità che è giocoforza riconoscere in entrambi.

Così, si può pensare, innanzi tutto, di ricomporre insieme le due

[16] « This may appear inelegant if not unjust », scriveva POLLOCK, *The law of torts,* cit., p. 12, inchinandosi però dinanzi a un dato di fatto incontestabile anche nel diritto inglese.

serie — quella formata dagli illeciti di dolo, e quella intestata alla sufficienza della colpa — nello schema dell'eccezione e della regola: togliendo al principio dell'equivalenza il crisma del postulato inderogabile, senza ridurlo però a espressione di una mera prevalenza statistica, e lasciandolo in definitiva quale chiave e misura per ogni fenomeno che non rientri tra le ipotesi già riconosciute in partenza come sfuggenti alla sua giurisdizione. Soluzione che non manca certo di semplicità, e che è adottata infatti frequentemente da chi non scorda di menzionare questi casi, accanto ai più correnti e ordinari [17].

È chiaro che in tal modo si viene a bandire *a priori* l'eventualità che nuovi tipi di illeciti di dolo, rispetto a quelli già oggi conosciuti, possano ammettersi e sorgere in futuro (se non forse a prezzo di nuovi stratagemmi costruttivi, improbabili tuttavia in un programma che voglia eliminare anche quelli del passato); e per quelli che esistono attualmente, ed ai quali si concede una ratifica, resta esclusa in ogni caso la possibilità di un'applicazione analogica [18], proprio perché si tratta di casi definiti anomali già a monte [19].

[17] Così, ad esempio, ZEILLER, *op. cit.,* III, 2, p. 260; v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts,* cit., p. 32; STUBENRAUCH, *Commentar,* II, cit., p. 652; e, da ultimo, MERTENS-REEB, *Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen,* cit., 1972, p. 40. Tra i nostri scrittori, VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 185; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* cit., I, p. 169 ss.; GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 345; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 149; SCRIBANO, *Trattato della malafede,* cit., p. 387; VENZI, *Note* a Pacifici Mazzoni, Istituzioni, IV, 1, cit., p. 353. Recentemente, CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui,* cit., p. 160; CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 71; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., pp. 642-643; NATOLI, *Il possesso,* II, cit., p. 65. Per la Francia, tra gli altri, DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon,* XXXI, cit., § 471, p. 406; LAURENT, *Principii,* XX, cit., § 413, p. 328 e § 519, p. 425; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., § 523, p. 600; con particolare riguardo all'abuso del processo in questo paese, HOPT, *Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung,* cit., pp. 152-153 (« Darüber hinaus ist aber dieses Prinzip der Vorsatzhaftung durch grosszügige und weitgehende Ausnahmen im französischen Recht so sehr durchlöchert, dass man besser umgekehrt von einem Prinzip der normalen Verschuldenshaftung mit einigen Ausnahmen spricht »). Accenti del genere non mancano anche nella letteratura anglo-americana — ad esempio, Mc CORMICK, *Handbook of the law of damages,* cit., p. 280, nota 1; ROBB e BROOKES, *An outline,* cit., p. 142; COLYER, *A modern view,* cit., p. 43 — ma appaiono comunque limitati ai *torts* fondati sulla *malice,* non certo a quelli che hanno base nell'*intention.*

[18] Così già CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 178.

[19] Vedi, infatti, per quanto concerne il problema dei limiti soggettivi della responsabilità dello specificatore, l'impostazione di BUSNELLI, *Buona fede,* cit.,

Conclusione indubbiamente rassicurante, sotto il profilo della certezza del diritto, posto che, al modello confermato quale unica realtà protagonista, tante riflessioni dottrinarie e secolari esperienze e applicazioni son valse a conferire ormai contorni relativamente netti: difficile cioè che appaia oscura la sorte da riservare a un certo danno, quando si tratterebbe appena di vedere, per decidere chi debba sopportarlo, se esso ricada o meno in quel disegno, o corrisponda in ogni modo ad una di un gruppo di eccezioni limitate e ben determinate. La sola questione da risolvere sarebbe offrire una giustificazione tecnica alle figure in cui, senza un'esplicita previsione della legge, e malgrado l'art. 2043 cod. civ., la giurisprudenza è solita assegnare al dolo la rilevanza esclusiva che s'è detta: e la soluzione potrebbe al limite consistere in una drastica negazione dell'ammissibilità di questi fenomeni [20].

4. Esiste però anche un'altra possibilità; quella di estendere agli illeciti di dolo lo stesso tipo di lettura positiva adoperata per tutti gli altri dati; vedendovi cioè — in luogo di devianti eretiche e disperse nel sistema — esempi in cui è una stessa ispirazione a prender sopravvento sulle altre, ossia tante espressioni differenti di un'autonoma regola comune; sì da concludere che sian due, in effetti, i principî operanti nell'ambito del torto (soggettivo). L'uno dei quali inteso a regolare, con il criterio della colpa sufficiente, ogni possibile forma di lesione in cui si accerti la presenza di taluni elementi dichiarati in partenza necessari [21]; chiamato l'altro invece ad assegnare la stessa qualifica di illiceità — quando sussista però il dolo dell'agente, o un dato psicologico vicino — ad ogni fattispecie dannosa contrassegnata da una diversa combinazione strutturale, e non direttamente sussumibile, pertanto, nel primo generale paradigma [22].

p. 34 dell'estratto, il quale abbandona la via dell'applicazione analogica dell'art. 939, 3° comma, (per la quale, invece, BARBERO, *Sistema,* cit., I, p. 775), e adotta quella dell'interpretazione estensiva, al fine di giustificare l'irrilevanza della *culpa laevis.* Cfr. anche DE CUPIS, *Il danno,* cit., p. 145, il quale nega esplicitamente la possibilità di un'interpretazione analogica fuori del terreno della colpa, nonché GERI, *Manuale della responsabilità penale e civile da illecito, della prescrizione e del danno,* Milano, 1968, p. 65, sul rapporto tra l'art. 414 del codice della navigazione e la disciplina generale del trasporto di cortesia (per l'inapplicabilità di questa norma al di fuori del campo aeronautico, anche Cass. 10 marzo 1965, n. 389, in *Resp. civ. e prev.,* 1965, p. 265, su cui VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 537).

[20] Merita sottolineare fin d'ora espressamente, d'altro canto, il semplicismo della lettura di quegli autori — ad esempio, GEILEN, *Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht?,* in *Juristenzeitung,* 1964, p. 6 ss., 13 — i quali, posti innanzi ai casi in cui il dolo rileva autonomamente rispetto alla colpa, concludono senz'altro che ciò avviene perché in tali ipotesi il dolo « appartiene » all'antigiuridicità o all'ingiustizia.

In questo modo — per toccare subito il punto delle conseguenze pratiche — non sarebbe più detto che un danno non corrispondente al calibro ufficiale, e neppur rientrante in una delle ipotesi tradizionali di responsabilità per dolo, debba rimanere per ciò stesso a carico della vittima: purché accertasse la malizia dell'autore, il giudice potrebbe sempre dichiararlo ingiusto, quand'esso rientrasse nella sfera di operatività dell'altro principio, o, in maniera anche più diretta, si avvicinasse ad una delle figure in cui il rilievo del dolo appare ormai da tempo consacrato [23].

[21] Qualche rilievo, in tal senso, in CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 146, testo e nota 22.

[22] È superfluo far notare come, rinunciandosi al carattere di esclusività rispetto alla negligenza, un « principio » di repressione del dolo potrebbe essere affermato senza difficoltà, dal momento che una regola del genere è ammessa ormai universalmente per la colpa, e che « whenever there is a remedy for the negligent infliction of damage, there is *a fortiori* a remedy for the intentional infliction of it » (DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 457; oppure HARPER e JAMES, *The law of torts,* II, cit., p. 744; MILLNER, *The retreat of trespass,* in *Curr. leg. probl.,* 1965, p. 20 ss., 30); ma è proprio la riflessione che « the converse does not hold » a convincere come il solo punto di vista significativo, in una materia del genere, sia quello di chi guarda al territorio in cui il dogma dell'equivalenza non opera. Per un giurista di *common law* — che, interrogatosi « why, if negligence is a tort, is intention not a tort », trova la risposta nel fatto che « actions in respect of intentional damage had been fragmented under others labels » — può magari essere decisiva la consapevolezza della prova di sensibilità offerta tanto spesso dalle proprie corti: giustificandosi così la conclusione che « the wholesale revision of terminology, which the demarcation of a 'tort of intention' would entail, is both pointless and inconvenient » (ancora DIAS, *op. loc. cit.*). Per un interprete dell'ambiente italiano, non ignaro che la capacità di iniziativa dei propri giudici nel passato è imparagonabile a quella degli stessi tribunali francesi, la pretesa di garantirsi contro il rischio di incertezze sul terreno terminologico diventa invece un lusso eccessivo: determinante è soltanto la coscienza del potenziale frenante insito in ogni schematizzazione, tanto più quando una storia di ben diverso splendore, per quando concerne i vari « tipi » dolosi, può in fondo rassicurarlo che l'introduzione di un livello generale non appiattirebbe realtà classificatorie particolarmente gloriose.

[23] Si vedano, con accenti più o meno espliciti, AMES, *How far an act may be a tort,* cit., p. 412; L. FERRARA, *Il dovere giuridico di lealtà proces-*

È chiaro che una scelta in questo senso porta con sé notevoli problemi. Non basta, infatti, limitarsi a dichiarare, forti di ciò che alcuni dati attestano, che nell'ipotesi di lesione volontaria non sarà più necessaria la presenza degli elementi di cui consta un certo schema di torto abituale; valendo ciò a significare in pratica, e in mancanza di ulteriori spiegazioni, che ogni danno posto in essere con dolo sia per ciò stesso da ritenersi ingiusto [24]: ciò che non è sicuramente vero [25], dato che esistono non pochi pregiudizi che, pur prodotti con

---

suale, in *Foro it.*, 1939, I, c. 587, ripubblicato nel volume *Attualità giuridiche,* Padova, 1939, p. 15 ss., 21; v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB,* in *Karlsruher Forum,* 1961, p. 19, ripubblicato in *Gesammelte Schriften,* I, cit., p. 554 ss., 561; SOERGEL (-KNOPP), *Kommentar,* cit., § 826, Bem. 1, p. 975 (« Oder umgekehrt ausgedrückt: die Verletzung gewisser elementarer Verhaltensanforderungen soll in jedem Falle zum Ersatz dadurch vorsätzlich verursachten Schäden verpflichten »); VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti,* cit., p. 281.

Sul terreno del *quantum respondeatur,* MAYR, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes,* cit., II, p. 16.

[24] Così PUCHTA, *Vorlesugen über das heutige römische Recht,* cit., II, p. 90; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 898; WEIMAR, *Der « Rechtfertigungsgrund » des verkehrsrichtigen Verhaltens,* in *Jurist. Schulung,* 1962, p. 133 ss., 135; BOURRINET, *L'abstention source de responsabilité civile délictuelle,* Montpellier, 1959, p. 61. A quanto pare, anche CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 71; BARBERO, *Sistema,* II, cit., p. 856; Eike SCHMIDT, *Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts,* cit., p. 498; CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation,* cit., p. 94.

[25] « N'oublions pas cette pensée profonde — osserva DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, IV, cit., p. 375, a proposito della concorrenza sleale — que c'est miracle que les hommes en voulant se nuire arrivent à rendre service à la société »; nello stesso ordine di idee già COOKE, *A proposed new definition of a tort,* in *Harv. law rev.,* 1898-99, p. 335 ss., 339 e in seguito CARPENTER, *Interference with contractual relations, ivi,* 1927-28, p. 728 ss., 754 s. e 763; più recentemente HALE, *Prima facie torts, combination, and non-feasance,* in *Col. law rev.,* 1946, p. 196, ed ora DEJEAN De La BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français,* cit., p. 57.

In generale, sulla possibile irrilevanza giuridica di lesioni arrecate anche dolosamente, HOLMES, *Il diritto comune,* cit., p. 211; AMES, *How far an act may be a tort,* cit., p. 412 ss.; BOHLEN, *The moral duty to aid others as a basis of tort liability,* in *Univ. of Pennsylv. law rev.,* 1908, p. 217; SIBER, *Grundriss des Deutschen bürgerlichen Rechts,* 2, cit., p. 456; JENKS, *Digeste,* I, cit., p. 229; FREUND, *Malice and unlawful interference,* in *Harv. law rev.,* 1897-98, p. 449 ss., 453; *Restatement of torts,* I, cit., p. 21; DE HARVEN, *Mouvements généraux du droit civil belge,* cit., p. 274; POLLOCK, *The law of torts,* cit., p. 21; BUFNOIR, *Propriété et contrat,* cit., p. 804; JENNINGS, *Tort liability of administrative officers,* in *Minn. law rev.,* 1937,

malizia dall'agente, sono destinati, sotto il profilo del diritto, a rimanere del tutto irrilevanti (basta pensare, per fare un solo esempio, agli inconvenienti di un'inattesa diseredazione) [26].

Bisogna quindi definire un territorio nel quale possano rientrare senza sforzo combinazioni tra loro assai diverse, come già oggi mostrano di essere quelle dei vari illeciti di dolo; e in cui però non restino comprese né ipotesi di responsabilità per colpa, né pregiudizi in ogni caso irreparabili [27] (a meno di non voler ricominciare col cor-

---

p. 263 ss.; SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 95; ID., *Cogitations on torts,* cit., p. 43; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique,* VI, *Obligations,* 1, cit., p. 696; K. WOLFF, in KLANG *Kommentar zum allg. bürg. Gesetzbuch,* VI, cit., pp. 40-41; SANTINI, *La vendita a prezzo imposto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1952, p. 1042 ss., 1084 s.

Recentemente STARCK, *Responsabilité du contractant envers le tiers du chef de la violation du contrat,* in *Études de droit contemporain,* Paris, 1959, p. 64; DELYANNIS, *La notion d'acte illicite,* cit., p. 47; RIPERT, *Les forces créatrices du droit,* Paris, 1955, p. 192; MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., p. 173; GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers,* cit., p. 97; P. S. JAMES, *Introduction,* cit., p. 316; FRIDMAN, *Modern tort cases,* cit., p. 6; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 100; STAUDINGER (-WERNER), *Kommentar,* cit., p. 346; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 15 e p. 24 (« There is probably no case in which mere intention to injure unconnected with an otherwise unlawful act or any trade interest would make the act of an individual, as distinct of a combination, unlawful »); HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit,* cit., pp. 110-111; STREET, *The law of torts,* cit., p. 6; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 223.

[26] Cfr. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité,* cit., p. 416, che ricorda altre ipotesi di danni irrisarcibili, anche in caso di dolo, poiché arrecati nell'esercizio di « *droits insusceptibles d'abus* »: una categoria che ha avuto successo in Francia, sia pur nell'espressione « *droits discrétionnaires* » con cui l'ha ribattezzata ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1944, p. 13 s. Osserva STARCK, *Essai,* cit., p. 442, che nel caso citato nel testo la responsabilità manca in quanto il testatore ha leso una mera aspettativa: e la spiegazione è certo migliore di quella offerta abitualmente (DABIN, *Le droit subjectif,* Paris, 1952, p. 307) e che si richiama alla necessità di rispettare la volontà dei morti. Sul tema dei *droits discrétionnaires,* v. anche RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 178, ove richiami di giurisprudenza. Ostile a questa categoria, MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé,* Paris, 1936, p. 95 ss.; e cfr. ora RESCIGNO, *L'abuso del diritto,* in *Riv. dir. civ.,* 1965, I, p. 205 ss., 252 s.; CARBONNIER, *Obligations,* cit., p. 376.

[27] Oltre che per la liceità indiscriminata dell'atto lesivo, il danno arrecato pur con dolo sarà irrisarcibile ogni qualvolta l'interesse colpito sia sfornito comunque di tutela. Così, la prostituta o il contrabbandiere non potranno chiedere il lucro cessante a chi dolosamente abbia loro impedito di esercitare

rettivo di altri elenchi di eccezioni). Impresa in ogni caso non agevole: e ancor più seria, come ben s'intende, se lo strumento usato per attuarla debba esser quello di un'unica proposizione, come vorrebbero esigenze di apertura [28], e non invece quello di un ventaglio, forse più

---

l'attività, né il ladro di documenti deve risarcire il danno proveniente al soggetto leso per il fatto che la divulgazione dei documenti ha messo il fisco in condizione di accertare il reddito del derubato (SACCO, *L'ingiustizia*, cit., c. 1422). Né risponderà chi ha distrutto cose di cui è vietata la detenzione (droga), o il commercio (materiale pornografico).

Si pensi poi all'eventualità di un danno morale irrisarcibile anche in caso di dolo (perché non è previsto il reato, ad esempio, o perché il dolore sofferto non rientra fra quelli suscettibili di assumere rilevanza giuridica), ed in particolare all'art. 59 cod. pen., per il quale un'esimente è efficace anche se è stata ignorata dall'agente (cfr. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., p. 33 ss.).

Così, ancora, quando neanche il dolo riesca a creare un legame causale tra l'atto e il danno (*retro*, Cap. II, nota 55), e a maggior ragione quando un danno sia comunque assente. Né il dolo farà sì che il trattamento dell'incapace sia quello dell'art. 2043, invece che quello dell'art. 2047, 2° comma (*infra*, cap. X, n. 2). In conclusione, il campo dell'equivalenza fra colpa e dolo nell'irresponsabilità è ben più vasto del campo di equivalenza fra i due criteri nella responsabilità.

[28] Il diritto comparato non offre a prima vista un suggerimento sicuro in un senso o nell'altro. Nell'A.B.G.B. austriaco un disegno organico di rilevanza del dolo, testimoniato da alcune disposizioni successive, può cogliersi soprattutto in relazione al *quantum respondeatur*. Nel B.G.B. sono atipiche le fonti della responsabilità per dolo (§§ 226 e 826), mentre è regolata in forma tipica l'area in cui può operare un principio di equivalenza; ma il dolo torna poi in altri paragrafi di tenore ristretto, mentre la tipicità degli illeciti colposi è temperata dallo stesso § 823. Nel codice svizzero delle obbligazioni, vi è una prescrizione di carattere generale per entrambi questi ambiti del torto (1° e 2° comma dell'art. 41). In Francia, la clausola sulla colpa è simile al nostro art. 2043, e nella letteratura l'accento è posto contemporaneamente sulla generalità di alcuni principi (intollerabilità della frode, dell'*acte de méchanceté*, dell'abuso) e sulla singolarità degli illeciti di dolo. Quanto agli ordinamenti di *common law*, alla domanda « *tort: singular or plural?* » si tende ormai a rispondere nel primo senso per i casi di *negligence* (COLYER, *A modern view of the law of torts*, cit., p. 4; v. anche TEDESCHI, *Il concetto di « tort » in diritto inglese*, in *Foro it.*, 1968, V, cc. 89-90), mentre nel rendiconto degli *intentional torts* prevale ancora un disegno frammentario, seppur lo specchio è organico e comune (cfr. *Restatement of the Law, Torts*, I, cit.). La linea formale di tendenza potrebbe cogliersi dunque in ciò, che la responsabilità per dolo resta ordinata in via analitica là dove è posta una clausola generale sulla colpa, e diventa invece atipica quando è ordinata in modo tipico l'area della responsabilità per colpa: ma il rapporto è forse troppo generico per consentire deduzioni immediate.

angusto, ma insieme più sicuro, di indicazioni parallele e limitate [29].

---

[29] Contro il rischio di principî troppo vaghi, e perciò « inutili » o « ingombranti », mette in guardia SACCO, *La buona fede*, cit., p. 19, favorevole tuttavia ad un principio di rilevanza del dolo, e scettico soprattutto sull'abitudine di alcuni autori francesi — ad esempio, GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, cit., nell'ultima parte del lavoro — di ricondurre ad un generale principio di buona fede la repressione di fenomeni diversi, quali negligenza, difetto di puntualità, abuso, reticenza etc. Da noi, soprattutto, L. FERRARA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1939, p. 372, che parla della sanzione per il dolo negoziale come di un'espressione della lotta « che l'intero sistema di diritto positivo combatte contro... la frode civile » (ma cfr. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 106; CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »*, cit., p. 782 s.; nonché *infra*, Cap. IX, nota 56).

Anche sul terreno dell'*exceptio doli* — a parte qualche autore (ad esempio COGLIOLO, *La « exceptio doli » nel diritto commerciale*, in *Dir. comm.*, 1922, I, p. 1 ss.; ARNONE, *Esecuzione di sentenza emessa in lite simulata ed « exceptio doli »*, in *Foro civ.*, 1910, p. 337 ss.; DE COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el derecho civil*, Madrid, 1951, p. 103) — la dottrina appare tendenzialmente restia ad ammettere l'esistenza di un principio generale: implicitamente già IHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it. di Lavaggi, Firenze, 1954, p. 323; e poi TRABUCCHI, *Il dolo, cit.*, p. 340 ss.; BIGIAVI, *L'exceptio doli nel diritto cambiario*, in *Foro it.*, 1938, IV, c. 205; ID., *Inopponibilità delle eccezioni al delegatario in malafede*, *ivi*, 1938, I, c. 860; TORRENTE, *In tema di « exceptio doli generalis »*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1940, p. 265; RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, pp. 187-189; PELLIZZI, voce *« Exceptio doli »*, cit., p. 1075 ss.; CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 638 ss., 655, 659. Sul tema, anche G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163 ss.; 176; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 93; da ultimo, F. RANIERI, *Exceptio temporis*, cit., p. 253 ss.

In generale v. comunque i rilievi di TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 495 ss., e le stesse conclusioni di CARRARO, *Valore attuale*, cit. E ancora NATOLI, *Note preliminari*, cit., p. 18 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, p. 76; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2ª ed. a cura di Crifò, Milano, 1971, p. 324; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, II, p. 844 ss.; LEVI, *Teoria generale del diritto*, 2ª ed., Padova, 1953, p. 446 ss. Vedi poi l'accurato studio di VILLANI, *Diritto e morale nella giurisprudenza tedesca*, Napoli, 1964 (specialmente il primo capitolo). Di RODOTÀ è sufficiente ricordare *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss., oltre al già citato *Il problema della responsabilità civile* (soprattutto il terzo e il quarto capitolo). Per qualche altro riferimento, ROUBIER, *Ordre juridique et sources du droit*, in *Études offertes à G. Ripert*, Paris, I, 1950, p. 25; ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, in particolare p. 39 ss.; ID., *Realität und Ideologie der Rechtssicherheit in positiven Systemen*, in *Festschrift T.*

5. È anche certo però, ed è ciò da sottolineare in special modo, che solo imboccando una strada come questa si garantisce la possibilità che taluni comportamenti maliziosi, sinora tollerati o indifferenti, vengano repressi con la sanzione aquiliana una volta che, con i tempi, sia mutato anche l'atteggiamento nei loro confronti: quando ancora la coscienza giuridica non sia matura per una riprovazione sulla base della colpa [30].

Rittler, Innsbruck, 1957, p. 13 ss.; HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933, p. 8 s. e p. 24 ss.; WIEACKER, *Der Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe, 1953, p. 18 ss.; ID., *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, nel citato volume *Hundert Jahre deutsches Rechtslebens*, II, p. 10 ss.; STONE, *Social dimensions of law and justice*, London, 1966, p. 222; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 11; FRIEDMANN, *Legal theory*, 4ª ed., London, 1967, p. 463 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 288 ss.; ROSS, *On law and justice*, London, 1958, p. 63; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. di Baratta e Giuffrida-Repaci, Milano, 1970, p. 240; POUND, *Introduzione* a Newmann, Equity and law: a comparative study, New York, 1961, p. 9; SCHRICKER, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss*, München, 1970, p. 221 ss. Si vedano anche gli autori richiamati *infra*, in questo capitolo, nota 49.

[30] Afferma che un comportamento colposo rivela « maggior malvagità » di un comportamento doloso GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, cit., p. 187, il quale finisce peraltro per concludere che, poiché in caso di dolo è maggiore la probabilità dell'avverarsi del danno, minore è l'allarme suscitato dalla colpa e più forte l'esigenza di introdurre una sanzione di fronte al dolo. V. anche SENG, *Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten*, cit., p. 363; COPPA ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., pp. 242-243 (« Per vero, allorquando dal campo della colpa *stricto sensu* si entri in quello del dolo, si deve avvertire come contro di questo il diritto obiettivo reagisca più energicamente che di fronte alla colpa. Il primo contiene una volontà diretta a violare l'ordine giuridico, a render vano il suo organismo di tutela; ed il diritto non può tollerare in nessun modo siffatto volere, non può che reprimerlo sempre e in ogni caso. Di qui il principio generale indiscusso e indiscutibile, che nessuno può trarre vantaggi dal proprio dolo, nessuno può invocarlo per fondarvi dei diritti. Il principio, generalmente ammesso, è e si deve ritenere specifico al dolo, e non estensibile alla colpa, la quale non minaccia punto l'ordine giuridico, e nessuna prava volontà rivela di addivenirvi »); MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und im Zivilrecht*, cit., pp. 45-46, testo e nota 3. Nella letteratura più recente, FAVIER, *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi-délictuelle*, Paris, 1951, p. 458; JAMES, *Contributory negligence*, cit., p. 707; BYDLINSKI, *Mittäterschaft im Schadensrecht*, cit., p. 428; NIPPERDEY, *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht*, cit., p. 1781; v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, cit., p. 484; ID., *Die absoluten Rechte*

Né l'ipoteca è forse solo sul futuro. È frequente l'appunto secondo cui l'istituto aquiliano, pur non ambendo neppur oggi a offrire un ristoro ad ogni pregiudizio economico [31], accusa di fatto ritardi e imperfezioni anche di fronte al più modesto traguardo di risarcire tutti i danni che appaiono ingiusti [32]: resta naturalmente da vedere

---

in § 823 Abs. 1 BGB, cit., p. 556 e p. 561; GREGORY, *Trespass to negligence to absolute liability*, in *Virg. law rev.*, 1951, p. 359 ss., 360; FRIEDMANN, *Principles*, cit., p. 38 s., G. SCHMIDT, *Die rechtlichen Grundlagen des Schmerzensgeldes*, in *VersR*, 1970, p. 990 ss., 992; HORN, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 71; REMÉ, *Die Aufgaben des Schmerzensgeldes*, cit, p. 49; ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 75 (« Demgegenüber ist die vorsätzliche Tat in grösserem Masse geeignet, den Erfolg herbeizuführen... »); CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes*, cit., p. 95, nota 36; ZEUNER, *Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht*, cit., p. 4; PUECH, *L'illiceité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, cit., p. 81.

Un problema di perseguibilità dell'*intention*, là dove sia rilevante già la colpa lieve, si è potuto porre nel diritto anglo-americano per il *tort* di *negligence*, ma la risposta è comunque che « it is no defense to prove that the defendant intentionally inflicted the damage in question and did not cause it by mere carelesness » (CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 8 ss., ove alcune esemplificazioni; cfr. pure BOHLEN, *Fifty years of torts*, cit., p. 1227; e già J. SMITH, *Tort and absolute liability - Suggested changes in classification*, in *Harv. law rev.*, 1916-17, p. 321 ss.).

[31] Cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 18; GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, cit., p. 34. E in senso analogo, GSCHNITZER, *Schuldrecht - Besonderer Teil und Schadenersatz*, cit., p. 144; WRIGHT, *Cases on the law of torts*, cit., p. 1; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., p. 244. Nella letteratura meno recente, MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., p. 264; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 34. Da ultimi, ATIYAH, *Accidents, compensation and the law*, London, 1970, p. 17; HADDEN, *Contract, tort and crime: the forms of legal thought*, in *Law quart. rev.*, 1971, p. 240 ss., 253; Eike SCHMIDT, *Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts*, cit., p. 486; TUNC, *Tort law and the moral law*, in *Cambr. law journ.*, 1972, p. 252.

[32] Basta pensare alle esitazioni della Corte Costituzionale (*retro*, Cap. II, nota 17), nel riconfermare l'irrisarcibilità del danno subito per un provvedimento errato, ma non doloso, del giudice (esitazioni tanto più giustificate se si tiene presente come l'art. 505 cod. proc. civ. francese, con la modifica della legge 7 febbraio 1933 — su cui LALOU, *Traité*, cit., p. 806; ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, 1956 —, si accontenti della *faute lourde* per l'ammissibilità della *prise à partie*; v. anzi in RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 316, una rassegna della recente evoluzione giurisprudenziale, favorevole a una rilevanza della *faute commune*: soluzione, quest'ultima, accolta addirittura espressamente nel § 1341 del pur lontano ABGB, e nello stesso *Justice's Protection Act* inglese del 1848, s. 2, almeno per gli atti compiuti *without jurisdiction* — cfr. CHAPMAN, *Statutes*

se di questa sfasatura partecipino o meno lesioni di natura dolosa [33]; ma in caso affermativo, pare evidente come solo un autonomo prin-

---

on the law of torts, cit., p. 418). E si rammenti l'insoddisfazione della prevalente dottrina (ad esempio, SANTINI, *La vendita a prezzo imposto,* cit., p. 1042; BUSNELLI, *In tema di violazione del contratto preliminare da parte del debitore e di un terzo,* in *Foro pad.,* 1965, I, c. 210), per la cautela con cui la giurisprudenza riconosce la responsabilità per lesione del diritto di credito, al di fuori del caso dell'uccisione del famigliare. O la non minore perplessità espressa da alcuni autori per l'indirizzo giurisprudenziale volto a escludere, di regola, la risarcibilità del pregiudizio nel caso di avvenuta lesione di un interesse legittimo (per un richiamo delle sentenze in questione, VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 283 ss.; tra gli autori accennati, soprattutto MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione,* in *Foro it.,* 1963, IV, c. 24; ALESSI, *Principi di diritto amministrativo,* II, Milano, 1966, p. 619 e segg.; NICOLÒ e RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile,* in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi,* Milano, 1965, p. 259 e segg.; SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legititmi da parte della p. a.,* in *Atti,* cit., p. 311 ss.; v. anche FRAGOLA, *Studio introduttivo sulla risarcibilità degli interessi legittimi,* Firenze, 1960; CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni,* Milano, 1963, soprattutto p. 103 ss.). Senza poi dire dei dubbi cui dà luogo, sempre in dottrina, l'abitudine della giurisprudenza di escludere la risarcibilità del danno non patrimoniale quando l'autore del reato non sia imputabile (ad esempio, Cass. 29 ottobre 1965, n. 2302, in *Giur. it.,* 1966, I, 1, c. 1282: per una critica, DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile,* cit., p. 92-93; RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale,* cit., p. 108; VISINTINI, *op. cit.,* p. 690).

[33] Sarebbe facile, peraltro, ricordare l'ostinazione con cui la giurisprudenza ha negato la responsabilità di chi, sul terreno dell'art. 1380, ha conseguito per primo il godimento della cosa, pur avendo contrattato per secondo in malafede; oppure la responsabilità di chi, sempre in malafede, abbia trascritto per primo il suo acquisto dell'immobile, pur avendo contrattato per secondo; o ancora la responsabilità del produttore per pubblicità menzognera, al di fuori della concorrenza sleale (cfr. VANZETTI, *La repressione della pubblicità menzognera,* in *Riv. dir. civ.,* 1964, I, p. 584 ss.; CRISCUOLI, *La réclame « non obiettiva » come mezzo di inganno nella formazione dei contratti,* in *Studi in onore di G. Scaduto,* Padova, 1970, I, p. 299 ss.; VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 281; v. anche GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale,* Milano, 1968, p. 86 ss.; ID., *La réclame menzognera come atto di concorrenza sleale,* in *Riv. dir. civ.,* 1967, I, p. 406 ss.; L. SORDELLI, *Problemi giuridici della pubblicità commerciale,* Milano, 1968, p. 86 ss.; BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1965, p. 722 ss., 777; P. G. JAEGER, *Pubblicità e « principio di verità »,* in *Riv. dir. ind.,* 1971, p. 331 ss., 345 ss.; FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti*

cipio di repressione della malizia sia in grado di raccogliere e tradurre, su questo fronte, la spinta che vede l'intera responsabilità civile protesa attualmente a ridurre quello scarto [34].

Né ciò può esser smentito dal rilievo che una creazione di illeciti di dolo, come attesta l'inventario di cui sopra, sia in fondo continuata per decenni, ad opera della giurisprudenza, pur senza un apposito principio. Intanto, perché non è neanche esatto non esservi mai stati, nel passato, momenti di fiera resistenza all'idea di considerare antigiuridica una certa condotta dannosa — per qualche aspetto non corrispondente al paradigma comune dell'illecito — in quanto accompagnata dall'*animus nocendi* dell'autore: basta pensare agli atti emulativi, e alle tante polemiche intorno alla loro perseguibilità, sorte nell'impero del vecchio codice civile [35]. E poi perché il compito di chi, decenni or sono, ha incominciato a reprimere soltanto a titolo di dolo certe offese fino allora condonate, è stato quasi sempre reso agevole proprio dal fatto di non essere vincolato a un modello di regola ed eccezioni da seguire e rispettare puntualmente: assenza facilmente comprensibile per tempi in cui di ipotesi del genere sfuggivano le

---

giuridici, Milano, 1970, p. 133 ss.; ID., *Panorama internazionale dell'autodisciplina pubblicitaria,* in *Riv. dir. ind.,* 1975, p. 62 ss., 65; e per un significativo confronto con orientamenti assai meno lassisti e compiacenti, CALLMANN, *False advertising as a competitive tort,* in *Col. law rev.,* 1948, p. 876 ss.; recentemente Eike v. HIPPEL, *Grundfragen des Verbraucherschutzes,* in *Juristen Zeitung,* 1972, p. 417 ss., 419; SCHRICKER, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori,* in *Riv. dir. ind.,* 1974, p. 89 ss., 119).

[34] Della felicità con cui la giurisprudenza, quando è affrancata dallo schema dell'eccezione, si muove anche nel campo della responsabilità civile, può testimoniare l'esempio dell'ampiezza con la quale è stato applicato in Germania il § 826 del B.G.B., o utilizzato in Francia il modulo dell'abuso di diritto o quello dell'*acte de méchanceté* (sul quale, DELYANNIS, *op. cit.,* p. 244; SAVATIER, *Traité,* cit., I, p. 45). Lo stesso nei paesi di *common law,* dove la sufficienza della colpa, quando pure è affacciata nei manuali, resta la cauta segnalazione di una tendenza statistica (per tutti, STREET, *The law of torts,* cit., p. 16). Se è vero allora che i nostri tribunali, nel respingere le ambizioni del dolo, motivano spesso richiamandosi alla debolezza che mantiene anche in tal caso l'interesse colpito, basta pensare alle numerose ipotesi in cui quelle stesse categorie (rilevanza della lesione del solo diritto assoluto, discrezionalità nel quadro dell'*uti iure*) sono state disinvoltamente accantonate, per accorgersi come, più di ogni denuncia della gratuità di quei pregiudizi, potrebbe spesso riuscire decisiva proprio la rassicurazione che ogni transazione sul fianco del dolo non minaccia poi il dilagare della responsabilità sul terreno dell'altro criterio.

[35] *Infra,* Cap. VII, n. 3.

cifre o l'esistenza, ma priva di ogni giustificazione adesso che la loro conoscenza ne rende anche possibile il riassetto; il quale è ben sicuro che, cadendo la possibilità di un'altra scelta, approderebbe ormai a un risultato senza più respiro per l'interprete.

D'altronde, non si può nemmeno escludere che proprio il mancato riconoscimento di un « principio » possa esser valso a trattenere i privati dal portare in giudizio determinati tipi di lesione, alla cui origine pur v'era stata una precisa malizia dell'agente. Congettura inverosimile, forse, per chi si limiti a osservare come il nostro sistema di responsabilità *ex delicto* sia stato, e continui ancor oggi ad essere basato sopra una clausola generale — sembrando che in una situazione del genere sia senz'altro automatico per chiunque reagire contro ogni fatto che lo danneggi [36] —, ma già più fondata e ragionevole per chi guardi invece alla realtà dello schema in cui il precetto del *neminem laedere* è stato abitualmente convertito: esser cioè risarcibile non, genericamente, ogni pregiudizio, ma solo quello prodotto con colpa, identificantesi nella violazione di un diritto assoluto, legato direttamente al fatto dell'agente, e da costui realizzato fuori dall'esercizio di una causa di giustificazione [37]. In questa luce si comprende, infatti, che possa esser stato sentito come non ingiusto, dalla vittima, un danno arrecato anche con dolo, e tuttavia eccentrico, in qualche sua parte, rispetto a quello schema: o che, dove pur l'*iniuria* è stata avvertita, il dubbio sulla possibilità di ottenere soddisfazione, nella consapevolezza di quella certa anomalia — provocata, ad esempio, dall'assenza di un nesso immediato di causalità fra condotta e evento; o dal trovarsi l'offeso a lamentare la lesione di un semplice diritto relativo, o di un interesse; o dall'aver l'autore del danno esercitato un suo diritto, o eseguito un ordine, e così di seguito — abbia finito per indurre la vittima a rinunciare all'azione aquiliana [38].

[36] CAPITANT, *Préface* a H. e L. Mazeaud e Tunc, Traité, cit., p. XI; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 11. Parzialmente EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht*, cit., p. 38 (v. infatti ivi, p. 198).

[37] *Infra*, Cap. VI, n. 7 e Cap. VIII, n. 8.

[38] THAYER, *Lex Aquilia*, cit., p. 66; SEAVEY, *Cogitations on torts*, cit., p. 66; NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 177 ss., 179-180; LAWSON, *Negligence in the civil law*, cit., p. 42; RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 24; TUNC, *Responsabilité, assurance et solidarité sociale dans l'indemnisation des dommages*, in *Études de droit contemporain*, Paris, 1970, p. 57 ss., 60; ISON, *The forensic lottery*, cit., pp. 26-27; e già VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 111 (« ... incerta ed esitante, com'è fatta dal contrasto tra la forma e il contenuto della legge, la coscienza del diritto, ch'è la forza viva dell'individuo nella lotta per attuarlo, questa lotta non s'imprende dai danneggiati con energia; non si sa quando e come si possa agire per il risarcimento, perché le applicazioni della responsabilità non scaturiscono limpidamente da un principio, e la giustizia civile, accordi o neghi il risarcimento, appare cinta da un velo impenetrabile »).

Così, al consuntivo degli illeciti di dolo, andrebbe fatta già l'aggiunta di quei danni che, pur non giusti per il modo in cui son stati posti in essere, sono stati sopportati in silenzio per la mancanza di una clausola sul dolo.

Che l'introduzione di un simile principio — con l'ampliamento ch'esso preannuncia, e in qualche parte forse già consente, dell'area della responsabilità per dolo — abbia il significato di un aumento di tutela per l'offeso, è forse inutile sottolineare espressamente [39]. Ciò può sfuggire, ad ogni modo, se si pone a confronto la soluzione che dichiara riparabile un certo pregiudizio prodotto con dolo, con quella che assicuri lo stesso risultato già a titolo di colpa [40]: sembrando allora che la vittima si trovi svantaggiata per il fatto di poter agire nel solo caso di un contegno malizioso [41] (senza contare le ulteriori difficoltà di provare un elemento come il dolo [42]). È però chiaro che

[39] Si vedano le considerazioni di Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., pp. 899-900, il cui interesse va ben oltre il sistema e l'ambito specifico per il quale l'autore le ha formalmente espresse; ed ancora, HEDEMANN, *Sittenwidrige Schädigung der Kartelle durch Gründung eines Aussenwerks*, in *Jhering's Jahrbücher*, 1913, p. 1 ss., 29 s.; ID., *Schuldrecht*, cit., p. 346; v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, cit., p. 474; da ultimo, diffusamente, SOERGEL (-KNOPP), *Bürgerliches Gesetzbuch*, III, cit., § 826, Bem. 2, p. 978; v. pure HUBMANN, *Grundsätze der Interessenabwägung*, cit., p. 117.

Tra gli interpreti svizzeri, BECKER, *Obligationenrecht*, 1, cit., p. 231.

Per la *common law*, d'altro canto, SEAVEY, *Principles of tort*, cit., p. 59; SAYRE, *Inducing breach of contract*, in *Harv. law rev.*, 1922-23, p. 663 ss., 675 s.; ATIYAH, *Negligence and economic loss*, in *Law quart. rev.*, 1967, p. 248.

[40] Così, tra gli altri, ZEILLER, *op. cit.*, III, 2, pp. 260-261; UNGER, *System*, I, cit., pp. 376-377; P. HUGUENEY, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, cit., p. 254; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, I, cit., p. 178 e p. 270 ss.; DELYANNIS, *La notion d'acte illicite*, cit., pp. 48-51; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., p. 459; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 559 ss.

[41] In tal senso, appunto, gli autori citati *infra*, Cap. VII, n. 1.

[42] Ad esempio NOVARA, *Responsabilità del terzo complice nell'inadempimento del contratto*, in *Temi*, 1951, p. 88 ss. e RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 119. Ma cfr. sin d'ora POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 33; RIPERT, *La*

l'ottica da assumere, l'unica corretta, è l'altra in cui si mette a paragone una chiamata a titolo di dolo con un'irresponsabilità a qualunque costo; e nella quale si vede facilmente che cosa meglio protegga il danneggiato. In questo senso invita appunto la storia [43]: mostrando come non sia mai successo che una lesione, già ordinata sotto il segno della colpa, abbia visto modificare con il tempo il proprio titolo in quello più ristretto [44]; e rivelando come sempre, invece, la funzione

---

règle morale, cit., p. 173; SACCO, *La buona fede,* cit., p. 26; SAVATIER, *Traité,* I, cit., p. 45; VENDITTI, voce « *Dolo* (*dir. pen.*) », in *Noviss. Dig. it.,* VI, 1960, p. 161; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude,* Toulouse, 1957, p. 434; FUNAIOLI, voce « *Dolo* (*dir. civ.*) », in *Enc. del dir.,* XIII, 1964, p. 749; HONORAT, *L'idée d'acceptation des risques,* cit., p. 116. Ed ancora, seppur su un terreno diverso dalla responsabilità, MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten,* Berlin, 1939, p. 442 e MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano,* Napoli, 1955, p. 166 ss.

[43] Cfr. AMES, *How far an act may be a tort,* cit., p. 94 ss.; POUND, *Interests of personality,* cit., p. 361; WALTON, *Motive as an element in torts,* cit., p. 501; SEAVEY, *Cogitations on torts,* cit., p. 12, 29, 39, 40 s.; FRIDMAN, *Malice in the law of torts,* in *Mod. law rev.,* 1958, p. 484 ss., 501; HALE, *Bargaining, duress, and economic liberty,* in *Col. law rev.,* 1943, p. 603 ss.; RÖTELMANN, *Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Recht,* in *Arch. civ. Praxis,* 1961, pp. 366-367; STEINDORFF, *Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung,* nel volume *Summum ius, summa iniuria,* cit., p. 58 ss., 61; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 11 (« ... while the growth of the law of torts had tended to introduce new wrongs by apparent extension of the existing law... we should not blinded to the fact that new rights are in fact being created. Some of these new rights, though by no means all, amount to rights not to be injured by conduct inspired by a wrongful motive, frequently called malice »).

[44] Significative, al riguardo, le pagine che DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon,* XXXI, cit., p. 457 ss., dedicava all'evoluzione dei principî in materia di responsabilità del notaio (per un riscontro delle motivazioni di un tempo, dove il limite era spesso quello del dolo o della colpa grave, si veda ad esempio SOLON, *Trattato delle nullità delle convenzioni e degli atti in materia civile,* trad. it., Firenze, 1839, p. 275 ss.). Un'« eccezione » si può forse ritrovare in materia di responsabilità dei giudici, in cui, al rigore delle soluzioni affermate nel diritto romano (esaurientemente GIORGI, *Obbligazioni.* V, cit., p. 346 ss.; oppure MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 5), è succeduto il regime di privilegio vigente in non pochi moderni ordinamenti (privilegio che, a ben considerare, appare tuttavia non più accettabile dell'antico trattamento quasi-delittuale: v. *infra* Cap. XI, nota 84). Nella *common law* si segnala l'ipotesi della responsabilità per il ferimento o l'uccisione di un *servant,* dove al regolamento in termini di *negligence,* tradizionale per i casi di *loss of services,* è venuto sostituendosi quello di *malice* che domina tendenzialmente tutto il campo del *pro-*

del dolo sia stata quella di attirare nel campo aquiliano, e sanzionare con l'obbligo al risarcimento, comportamenti lesivi prima irrilevanti [45]: con l'esito finale, cui si è assistito per non pochi casi, grazie a

---

curing breach of contract (cfr. COWEN, *The consequences of the Commonwealth v. Quince,* in *Austr. law journ.,* 1946, p. 2 ss.; FLEMING, *Action per quod servitium amisit, ivi,* 1954, p. 122 ss.; BRETT, *Consortium and servitium, ivi,* 1957, p. 321, 389, 428; PAYNE, *The tort of interference with contract,* in *Curr. leg. probl.,* 1954, p. 94 ss., 100). Arrivare sol per questo a parlare di una natura « schizofrenica » della responsabilità civile appare francamente eccessivo, dal momento che la scelta del criterio di attribuzione dipende, per ogni singola ipotesi, da considerazioni di opportunità le quali sono storicamente mutevoli; ma che l'esigenza di tutela del danneggiato non possa proporsi come l'esclusivo filo conduttore della storia di questa parte del diritto, è documentato anche dall'evoluzione dei rapporti fra la colpa e il rischio, due criteri l'ambito di influenza di ciascuno dei quali è venuto accrescendosi in parte a spese dell'altro — e non v'è stato cioè un travaso a senso unico dalla colpa verso il rischio (cfr. MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., *Introduction,* p. 6).

[45] Cfr. i rilievi di TENDLER, *Note* a Ch. com. 30 janv. 1974, in *Dalloz,* 1974, *Jurispr.,* p. 429, con riferimento alla responsabilità dell'agenzia di informazioni verso la persona oggetto dell'investigazione, nel caso di comunicazioni inesatte che hanno indotto il cliente dell'agenzia a non entrare in contatto d'affari con il terzo. Osservazioni del genere sono del resto frequenti per quanto concerne la disciplina delle conseguenze indirette del fatto lesivo (ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 30). l'abuso del diritto (NATOLI, *Note preliminari,* cit., p. 21), l'azione revocatoria (CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »,* cit., p. 788). Anche per la posizione dei corresponsabili di un danno, il passaggio dall'idea dell'obbligazione parziaria alla soluzione della solidarietà indiscriminata, si deve parzalmente al fatto che, della necessità di quest'ultimo trattamento, si è cominciato a parlare proprio per il caso di complicità (una sommaria ricostruzione in VALSANESCO, *La solidarité au cas de faute commune,* Paris, 1931, p. 33 ss.; e già BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude,* I, cit., p. 323; v. pure ZEILLER, *op. cit.,* III, 2, p. 267 ss.; per il diritto comune, EINECCIO, *Erklärungen der Pandekten,* Wien, 1796, p. 98; GOESCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht,* a cura di Erxleben, Göttingen, III, *Obligationenrecht,* p. 588; KELLER, *Pandekten,* Leipzig, 1861, p. 692; DERNBURG, *Pandette,* II, cit., p. 562; WINDSCHEID, *Pandette,* II, cit., p. 43, nota 15; da ultimi, CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes,* cit., p. 37 ss.; DEUTSCH, *Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht,* in *Juristen Zeitung,* 1972, p. 105 ss., 106). Meno pertinente forse — se è vero che l'apparenza reclama la tutela di un affidamento, più che non il ricorso a una sanzione — un richiamo alle vicende della dottrina della scusabilità dell'errore: ma, almeno come curiosità storica, non è senza interesse quel limite della colpa grave e del dolo sul quale fiorì e s'imperniò a lungo la teorica della responsabilità del dichiarante per l'ipotesi di divergenza (VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti,* Padova, 1941, p. 270 ss.; ed ora PIETROBON, *L'errore,* cit., p. 200 ss.).

un aumento di reclami identici, di una conversione del criterio di partenza in quello ordinario della colpa [46].

---

[46] Basta pensare a quei vari comportamenti abusivi, in materia di *troubles de voisinage* o di società, la cui repressione è avvenuta inizialmente in Germania con lo strumento del § 826 BGB, e si svolge ormai attraverso il più ampio § 242, o sulla base di qualche norma speciale d'impronta obiettivistica intervenuta successivamente: cfr. SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.*, § 826, Bem. 31, p. 985; Ludwig RAISER, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht,* nel volume *Summum ius, summa iniuria,* cit., p. 145 ss., 150; F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 1232-1233; sulla successione del § 823 al § 826 come norma di tutela di alcuni diritti della personalità, NIPPERDEY, *Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung der modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen?,* in *Verhandlungen des 42. deutschen Juristentages,* II/D, 1, Tübingen, 1958, p. 1 ss., 13; a proposito dell'*exceptio doli,* ESSER, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht,* cit., p. 36; sul passaggio dal § 826 al § 1 UWG, nella concorrenza sleale, SCHRICKER, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss,* cit., p. 92 ss.; SACH, *Deliktsrechtlicher Verbraucherschutz gegen unlauteren Wettbewerb,* in *N. J. W.*, 1975, p. 1302 ss., 1304 s.; per altri aspetti, ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit,* cit., pp. 95-96; OERTMANN, *Zur Struktur der subjektiven Privatrechte,* in *Arch. civ. Praxis,* 1925, p. 129 ss.; v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts,* cit., p. 496 e p. 500; ID., *Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz,* cit., p. 30; ESSER, *Responsabilité et garantie,* cit., p. 484 s.; Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 9; RESCIGNO, *L'abuso del diritto,* cit., p. 232, nota 54; ZEISS, *Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten,* in *Neue jurist. Wochenschr.*, 1967, p. 702 ss.; DEUTSCH, *Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft,* cit., p. 153; WEITNAUER, *Recensione* a Hopt, (op. cit.), in *Arch. civ. Praxis,* 1968, p. 437 ss., 442; CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto,* cit., p. 613 e p. 624.

E si può ancora riflettere sul progressivo slittamento di titolo — per quanto concerne il nostro sistema — in materia di responsabilità processuale, o nel campo del negozio in frode a terzi, nell'altro della responsabilità del professionista, o in quello della *culpa in contrahendo,* e in tutti i casi elencati *retro,* in questo capitolo, nota 15; oppure, spostandoci in Belgio, alle critiche cui è andata incontro la soluzione della legge del 1903, che limita al caso di *faute intentionnelle* dell'imprenditore la possibilità per il lavoratore infortunato di ottenere un indennizzo non limitato al *forfait* previdenziale (LAGASSE, *Note* a Cass. 18 oct. 1948, in *Rev. crit. jurispr. belge,* 1950, pp. 319-320; BUCH, *Note* a Cass. 22 janv. 1951, in *Rev. Gén. Ass. Resp.,* 1951, n. 4888, in relazione ad un orientamento giurisprudenziale che — a differenza di quanto è capitato in Francia — è ancora ostile ad ammettere un rilievo della colpa anche grave o inescusabile: v. Simone DAVID, *Responsabilité civile et risque professionnel,* cit., p. 241).

Indicativa anche la vicenda che, nella *common law,* ha visto il progressivo distaccarsi del *tort* di *negligence* rispetto a quel ceppo di *trespass and case* in cui dovevano restare sotto il segno dell'*intention battery, assault* e *false imprisonment* (cfr. la ricostruzione di WINFIELD, *History of negligence in the law of torts,* in *Law quart. rev.,* 1926, p. 184 ss.; e poi il *Restatement of torts,* I, cit., p. 27; recentemente, PROSSER, *Handbook,* cit., pp. 29-30); ma lo stesso potrebbe ripetersi per figure come quelle dell'*interference with contract* e dell'*injurious falsehood* (« The issues are not yet convassed, but the days of comfortable immunity from liability for negligence in these fields are gone and the categorical exclusion of negligence from the traditional preserves of ' intentional wrongs ' invites reappraisal »: così MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., *Introduzione,* p. 4; ID., *The retreat of trespass,* cit., p. 31 e p. 38), per la *defamation* (Mc CORMICK, *Law of damages,* cit., p. 181) e per non poche altre ipotesi di responsabilità affermatesi in questi ultimi decenni (cfr. ALLEN, *Legal morality and the jus abutendi,* in *Law quart. rev.,* 1924, p. 274 ss.; ancora WINFIELD, *The foundation of liability in tort,* in *Col. law rev.,* 1927, p. 1 ss.; *Foreseeability of third-party economic injuries - A problem in analysis,* in *Univ. of Chicago law rev.,* 1952-53, p. 283 ss., 293; HEUSTON, in SALMOND, *op. cit.,* p. 18; e già HOLMES, *Il diritto comune,* cit., p. 211 ss.), tra cui primeggia — soprattutto dopo *Hedley Byrne & Co. Ltd.* v. *Heller,* 1964, A. C. 465; 1963, 2 All. E. R. 575 — la figura forse nascente dell'*innocent misrepresentation* (su cui STEVENS, *Hedley Byrne v. Heller: judicial creativity and doctrinal possibility,* in *Mod. law rev.,* 1964, p. 121 ss.; GOODHART, *Liability for negligent misstatements,* in *Law quart. rev.,* 1962, p. 107 ss.; ID., *Liability for innocent but negligent misrepresentation,* in *Yale law journ.,* 1964, p. 286 ss.; la decisione è riportata integralmente in WRIGHT, *Cases on the law of torts,* cit., pp. 506-522; v. ancora BOHLEN, *Misrepresentation as deceit, negligence, or warranty,* in *Harv. law rev.,* 1928-29, p. 733 ss., 735 s.; KEETON, *Actionable misrepresentation: legal fault as a requirement,* in *Oklahoma law rev.,* 1949, p. 56 ss.; P. S. JAMES, *Introduction,* cit., p. 331; Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 52; Note, in *Virg. law rev.,* 1962, p. 1476 ss.; ATIYAH, *Vicarious liability,* cit., p. 273; ID., *Negligence and economic loss,* cit., p. 248 s.; ATIYAH-TREITEL, *Misrepresentation Act 1967,* in *Mod. law rev.,* 1967, p. 369 ss., 372 s.; A. HILL, *Damages for innocent misrepresentation,* in *Col. law rev.,* 1973, p. 679 ss.; ID., *Breach of contract as a tort, ivi,* 1974, p. 40 ss.; BAXT, *The liability of accountants and auditors for negligent statement in company accounts,* in *Mod. law rev.,* 1973, p. 42 ss.; DIAMOND, *Recensione* a Bower, The law of actionable misrepresentation, London, 1974, *ivi,* 1975, p. 480, 481; da ultimo, *Watts* v. *Spence,* 1975, 2 W. L. R. 1039, e per un succinto commento in *Law quart. rev.,* 1975, p. 307 s.), e fra cui sembra già annunciarsi quella della responsabilità dell'*occupier of premises* nei confronti del *trespasser* (NORTH, *Occupier's liability,* London, 1971, p. 187 ss.; Fl. JAMES Jr., *Tort liability of occupiers of land: duties owed to trespasser,* in *Yale law journ.,* 1953-54, p. 144 ss.; ID., *Assumption of risk: unhappy reincarnation,* in *Yale law journ.,*

6. Volendo fare brevemente il punto, possiamo allora dire di trovarci, respinte alcune prime vie d'uscita, al bivio fra due strade

principali, che, senza andare in senso proprio opposto, annunciano però obiettivi assai diversi. Parrebbe che, istruiti sul tragitto, sia or-

---

1968-69, p. 185 ss., 191 ss.; Hughes, *Duties to trespassers: a comparative survey and revaluation, ivi,* 1958-59, p. 633 ss.; Atiyah, *Accidents,* cit., p. 55 s.; e, a ben vedere, già Peaslee, *Duty to seen trespasser,* in *Harv. law rev.,* 1913-14, p. 403 ss.; per ora, comunque, v. anche *infra,* Cap. X, nota 120 e Cap. XI, nota 77).

Illuminante, anche su tutti questi punti, la brillante operetta di Fleming, *An introduction to the law of torts,* cit., *passim,* ma ad esempio p. 208 ss., per quanto concerne il campo delle violazioni della *privacy.* In generale, v. pure Seavey, *Cogitations on torts,* cit., p. 69; Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043,* cit., c. 1431; Tunc, *Tort law and the moral law,* cit., p. 250.

Non per questo, naturalmente, si potrà concludere che il dolo funga in ogni caso da semplice medio storico nel passaggio dall'irresponsabilità alla responsabilità per colpa, e che tanto valga porre dunque il problema direttamente in rapporto a quest'ultima (affrettata anche la critica di Deutsch, *Entwicklungstendenzen,* cit., p. 158 alla posizione di Fikentscher, *Schuldrecht,* cit., p. 499, circa la possibile coesistenza di due clausole intestate rispettivamente al dolo e alla colpa): non soltanto esistono ipotesi in cui l'ancoramento dell'obbligo risarcitorio al dolo continua ad apparire del tutto persuasivo, malgrado tale soluzione sia ormai affermata da decenni o da secoli (cfr. Green, *One hundred years of tort law,* cit., p. 45; Morison, *Liability in negligence for false statement,* in *Law quart. rev.,* 1951, p. 212 ss., 227-229; Gemmecker, *Schadensersatzansprüche bei Lieferung mangelhafter Ware,* cit., p. 44; Sayre, *Inducing breach of contract,* cit., p. 678 s.; Seavey, *Candler v. Crane, Christmas & Co. - Negligent misrepresentation by accountants,* in *Law quart. rev.,* 1951, p. 466 ss., 469 e 472; v. Caemmerer, *Wandlungen des Deliktsrechts,* cit., p. 471 s., 507, 508-509, 516, 527-528; Payne, *Foresight and remoteness,* cit., p. 678 s.; Millner, *The retreat to trespass,* cit., p. 31; Esser, *Wandlungen von Billigkeit,* cit., p. 22 ss.; Atiyah, *Negligence and economic loss,* cit., p. 264 e p. 269 ss.; Dias, in Clerk e Lindsell, *On torts,* cit., pp. 469-470; Paris, 10 juillet 1974, in *Dalloz,* 1975, *Jurispr.,* p. 7), ma vi sono casi in cui il tentativo di allargamento della responsabilità, sotto il profilo soggettivo, può senz'altro archiviarsi tra gli esperimenti infelici. Così, ad esempio, per quanto concerne la definizione di dolo come semplice conoscenza di recare danno, in relazione all'inadempimento di un'obbligazione di *non facere* (Jambu Merlin, *Dol et faute lourde,* in *Dalloz,* 1955, *Chron.,* p. 92): un terreno sul quale, « tenendo a mente che il dolo comporta la responsabilità per il danno imprevedibile, più d'uno potrebbe ritenere che la giurisprudenza si sia spinta troppo innanzi » (Lupoi, *Il dolo del debitore,* cit., p. 534; v. anche Mengoni, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »,* in *Riv. dir. comm.,* 1954, I, p. 34 dell'estratto, ove altri richiami; nello stesso ordine di idee, sia pur con una formulazione discutibile, Distaso, *Le obbligazioni,* cit., p. 439). Così, ancora, per certe disinvolte introduzioni di un'equiparazione al dolo della colpa grave (contro le quali, esaurientemente, già Verga, *Errore e responsabilità nei contratti,* cit., pp. 117-118, nota 1;

mai possibile prendere partito e stabilire cioè, fra i due percorsi, quale imboccare e a quale rinunciare: ma, a ben riflettere, una scelta in questo senso non sembra ancora abbordabile e matura.

Gli ultimi appunti, per quanto suggestivi, restano infatti inadeguati e insufficienti, nel loro vago appello alla giustizia, a dimostrare che sia proprio quella aperta la forma più ortodossa di lettura, per i casi dei quali ci occupiamo; come a orientare nell'opposta direzione non bastano, d'altronde, tiepidi richiami d'occasione a una certezza imprecisata del diritto. Ciò che infatti conta nel giudizio, e che si tratta perciò di definire, è in qual misura queste varie istanze — ossia

---

oppure De Juglart, *Cours de droit civil,* II, cit., p. 210; Crome, *System,* I, cit., p. 488; Heck, *Grundriss,* cit., p. 79; di recente Cian, « *Lata culpa dolo aequiparatur* », in *Riv. dir. civ.,* 1963, I, p. 418 ss.), e persino della colpa semplice (*infra,* Cap. VIII, nota 36), oppure per talune ipotesi di lesione del credito (cfr. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français,* Paris, 1938, p. 438; Carraro, *Valore attuale,* cit., p. 799; Tedeschi, *La tutela aquiliana del creditore,* cit., p. 602; da ultimo, Trib. Bergamo, 27 novembre 1969, in *Giur. it., Rep.,* voce « *Responsabilità civile* », n. 49), per la reticenza del terzo nella formazione del negozio (Visintini, *La reticenza,* cit., p. 278 ss.), per la denuncia penale infondata, per la seduzione (*retro,* in questo capitolo, nota 13 e *infra,* Cap. IX, nota 20), per la responsabilità del terzo complice in caso di frode (sull'inopportunità di considerare in ogni caso rilevante la semplice conoscenza della situazione o del negozio preesistente — o addirittura, come opina Starck, *Responsabilité du contractant,* cit., p. 71, la conoscibilità degli stessi; nello stesso senso Dell'Aquila, *Interferenze nel rapporto contrattuale e responsabilità aquiliana del terzo,* in *Foro pad.,* 1974, I, c. 309 ss., 319-320 — Ginossar, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers,* cit., p. 88); e in generale per tutte quelle ipotesi in cui l'introduzione di un dovere di diligenza mortificherebbe un'attività indispensabile alla collettività, o svuoterebbe il valore pratico di una qualche libertà fondamentale (*infra,* Cap. IX, note 22-25 e Cap. XI, nota 65; ma sin d'ora Forchielli, *Responsabilità civile,* III, cit., *passim,* e ad esempio p. 64).

D'altra parte, è significativo che le applicazioni di cui è stato fatto oggetto in Svizzera il 2° comma dell'art. 41 OR non siano affatto meno numerose, e neppur praticamente diverse, rispetto a quelle che in Germania ha ricevuto il § 826 BGB (*infra* Cap. VIII, nota 4; e v. comunque Hedemann, *Sittenwidrige Schädigung der Kartelle durch Gründung eines Aussenwerks,* cit., pp. 38, 48, 69-70); è vero, infatti, che i testi di quelle due disposizioni sono pressoché uguali, ma va tenuto presente come ciascuna delle due norme sia inserita in un contesto assai differente, dal momento che in Svizzera esiste una clausola generale anche per la colpa (art. 41, 1° comma), mentre in Germania il BGB ha adottato per quest'ultima un regime di relativa tipicità (§ 823): non son quindi motivi di tecnica codicistica o condizionamenti positivi, ma ragioni diverse e sostanziali a determinare il titolo effettivo dei singoli illeciti.

giustizia e certezza del diritto, e ancora insofferenza per il dolo, riguardo per la vittima del danno e possibile indulgenza per l'agente, libertà di sbagliare e non pagare e presenza del « minimo morale », — abbiano posto e risonanza nel sistema: il contrasto di alcune con cert'altre non permettendo di ascoltarle insieme, o di far sì che siano accolte tutte, o almeno ognuna nello stesso modo. Né un chiarimento su quel punto di equilibrio, che qui interessa sinteticamente, si può sperare valgano a fornirlo gli stessi casi di illecito per dolo: in uno spoglio che, per quanto minuzioso, prometterebbe, una volta completato, un campionario di figure irregolari, o eventualmente qualche spunto di dettaglio per mitigare l'ampiezza di un principio.

La traccia da seguire è invece un'altra, come si scopre abbastanza facilmente ponendo mente all'essenza del discorso: che è sempre il dubbio se alcuni risultati — di cui pure è incontrastato il fondamento, o certa quantomeno l'esistenza — abbiano natura di eccezioni, o debbano al contrario riconoscersi nell'area di un autonomo precetto.

Dilemmi e alternative come questo non possono aver che un solo giudice, ossia la forza o debolezza dei motivi da cui la regola messa in discussione ripete la propria ragion d'essere, e viene resa o meno intollerante innanzi alla pretesa di altri canoni di spodestarla anche solo parzialmente.

Sarà quindi necessario che l'indagine, dopo l'esame di tante soluzioni, riparta da dove ha preso avvio, tornando sopra quella equivalenza che rappresenta la regola del caso; per cogliere le cause che han permesso e prolungano oggidì la sua fortuna, e fare luce su ogni altro argomento che, al di fuori di quelli ricorrenti, può addursi e militare contro l'idea di una rilevanza generale per il dolo; per giungere infine a controllare se e fino a che punto quei sostegni, nelle norme sulla responsabilità civile, e nell'art. 2043 in particolare, trovino effettiva rispondenza.

7. E alla stregua di quanto s'è osservato, s'intuisce a prima vista quale sia — tra i due significati del principio, che ponevamo all'inizio in evidenza — quello di cui più può interessarci controllare l'esattezza e il fondamento.

Non si tratta di quel primo postulato secondo cui sarebbe sempre ingiusto, se colposo, un pregiudizio che già il dolo renda tale: qui, infatti, il *test* è appena di vedere se sia legittimo far rispondere un soggetto, autore negligente di un danno, là dove i titoli di reclamo

della vittima sembrano deboli e ancora insufficienti, e dove solo la malizia dell'agente è apparsa tale, sino a quel momento, da meritare una specifica sanzione. Problema circoscritto a situazioni in cui è dunque già scontato a monte — sia pur grazie a un criterio più ristretto — l'operare di un obbligo riparatorio, e la cui lista ha già ben precisi limiti: problema da affrontare e da risolvere — per quelle ipotesi « scoperte » legalmente che possono dar luogo ad incertezze — su un terreno che, senza essere banale, è però quello della pura convenienza [47].

Ben altre, e di rilievo più diretto — per chi almeno abbia interesse a un profilo di repressione organica della malizia — sono invece le questioni che solleva l'altra e simmetrica accezione: non potersi ammettere un risarcimento a titolo di dolo, là dove pur questa soluzione parrebbe ormai opportuna, secondo una valutazione ragionevole, sol perché non si sarebbe anche disposti a colpire l'imprudenza dell'autore.

Queste sono infatti terre vergini, dove la presenza di un ostacolo tecnico è riuscita a sbarrare sinora l'ingresso al rimedio aquiliano, e in cui diventano improvvisamente maturi — con la mutata coscienza storica, e per effetto della spinta volta a perseguire il dolo — i termini per una responsabilizzazione a questo titolo: un'area che si presenta aperta e malferma nei contorni, e in cui l'appuntamento per l'interprete, tra i più ardui cui egli è convocabile [48], sarà dover fissare quale corso compete volta a volta nel diritto ad un imperativo pregiuridico, ma non più solo d'indole morale [49].

---

[47] Cfr. MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., p. 175 (« ... the requirement of awareness of the existence of a risk or of an adverse contract may furnish an equivalent control device, appropriate to regulate the application of negligence principles to some areas of injury which have hitherto been the preserve of ' intentional wrongs ' »).

[48] ESSER, *Grundsatz und Norm,* cit., pp. 59, 72, 74, 81, 85, 267 s.; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico,* cit., p. 315.

[49] Per qualche rilievo, AMES, *How far an act may be a tort,* cit., p. 412; ID., *Law and morals,* cit., p. 110; BENOIST, *De la responsabilité civile en matière de délits et de quasi-délits,* Strasbourg, 1859, p. 84; KOHLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz,* Würzburg, 1884, p. 83 ss.; ID., *Schuldrecht,* cit., p. 535; FELS, *Die ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland,* in *Gruchot Beiträge zur Erläut. des deutschen Rechts,* 1891, p. 18; PERNICE, *M. A. Labeo,* II, 2, cit., p. 63; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 63 ss.; WALTON, *Motive as an element in torts,* cit., p. 501 ss.; HERZOG, *Zum Begriffe der*

« *guten Sitten* » *im bürgerlichen Gesetzbuche,* Breslau, 1910, p. 26 ss.; M. Rotondi, *L'abuso del diritto,* cit., p. 454; Gorphe, *Le principe de la bonne foi,* cit., p. 100 ss.; Savatier, *Traité,* cit., p. 38 ss.; Cahn, *The moral decision,* Indiana University Press, 1956, p. 190 ss.; Delyannis, *La notion d'acte illicite,* cit., p. 26 ss.; Coing, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem,* in *Festschrift H. Dölle,* Tübingen, I, 1963, p. 32; Gernhuber, *Die Billigkeit und ihr Preis,* nel vol. *Summum ius, summa iniuria,* cit., p. 205 ss.; Prosser, *Handbook,* cit., p. 16 ss. e p. 24; Armitage, in Clerk e Lindsell, *On torts,* cit., pp. 39-41. E si rivedano le conclusioni cui giungeva Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation,* 3ª ed., Paris, 1914, p. 374, nel suo discorso, pur critico per tanti versi, intorno al § 826 del BGB.

Capitolo Quinto

IL PROBLEMA DELLA NOZIONE DI DOLO

Sommario. 1. Giustificazione dell'ordine di lavoro seguito. - 2. Vanità di ogni discussione sul concetto di dolo svolta prima di sapere se esso è o meno parificato alla colpa. - 3. Il profilo definitorio nella letteratura del passato. - 4. Limite delle formule unitarie più correnti. - 5. Tipicità degli illeciti e varietà dei significati di dolo. - 6. Ambito della presente ricerca. Inopportunità di una rinuncia al vocabolo.

1. Non è certo un caso se l'indagine, che pur è dedicata ai vari problemi del dolo nell'illecito, complessivamente, e non al solo principio dell'equivalenza con la colpa, ha preso tuttavia le mosse dalla presentazione di quest'ultimo, e in tale direzione intende anche continuare a svolgersi. Sulle ragioni di questa scelta non varrebbe forse la pena di indugiare, lasciando che sia il corso stesso della lettura a rivelarle — posto che alcune non sian state già chiarite — se non fosse che un ordine del genere può dar luogo sin d'ora a qualche perplessità. È infatti un'abitudine, se non proprio una regola del mestiere del giurista, che non si cominci a discutere dell'efficacia o della rilevanza di un certo fatto giuridico, finché non si è trovato per esso un'adeguata definizione. Nel nostro caso il rimprovero sarebbe cioè quello di aver subito posto una questione di operatività pratica — qual è essenzialmente quella che si esprime nel dogma dell'equivalenza, e che ritorna nelle sue smentite — senza aver detto prima cos'è il dolo, e in che cosa esso si differenzia dalla colpa: con una vera e propria inversione di metodo, quindi, e col rischio di lasciare tutta la parte della prossima ricerca in balia di continue sospensioni o di anticipi frettolosi sulla futura discussione intorno alla nozione di dolo; e col risultato, in apparenza inevitabile, di una costante indeterminatezza dell'ambito effettivo del lavoro, data l'assenza di un nitido parametro che valga a stabilire già all'inizio quali sono le figure che interessano, e quali invece quelle da ignorare. Oltre tutto, si potrebbe aggiungere, il profilo ontologico è anche quello sotto il quale